Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. im Versicherungsrecht.

Ein Beitrag zur Frage der Fremdhaftung des Versicherungsnehmers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Erwin Kleinschmidt

Referendar in Hamburg.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1914.

Referent: Professor Dr. Wüstendörfer.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 22 (IheringsJ.).

Ehrenberg, Lehrbuch des Versicherungsrechts.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Gerhard-Manes, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz.

Gierke, J., Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (LZ.) Bd. 3 Nr. 10.

Hager-Behrend, Kommentar zum Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag.

Josef, Die schuldhafte Verursachung des Brandes durch den Versicherungsnehmer. In LZ. Bd. 1 Nr. 7.

Josef, Zur Anwendbarkeit des § 278 auf die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers. In IheringsJ. Bd. 19.

Josef in Gruchots Beiträgen Bd. 52.

Leonhardt, Verschulden beim Vertragsschlusse.

Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts.

Schneider, Die Bedeutung des § 278 im Versicherungsrecht. In LZ. Bd. 4 Nr. 2, 3.

Schneider, Über Vertragsstrafen im Versicherungsrecht. In LZ. 1907 S. 265 ff.

Schneider, Die Versicherung für fremde Rechnung. In der Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft Bd. 5.

Schneider, Der Begriff der Erfüllungshandlung nach § 278 BGB. In IheringsJ. Bd. 53.

Wüstendörfer, Studien zur modernen Entwicklung des Seefrachtvertrages.

Wüstendörfer, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 110.

Einleitung.

Die Gesetzgebung unserer Zeit steht im Zeichen zunehmender Hineinziehung der verschiedensten Berufsgruppen in den Versicherungsgedanken. Die mit dem Anschwellen des Kapitalismus Hand in Hand gehende wirtschaftliche Schwächung der nichtkapitalistischen Schichten und die Anforderungen, die die zunehmende Erhöhung der Lebensmittelpreise stellt, mit der die Erhöhung der Gehälter und Löhne nicht Hand in Hand gehen kann, wenn nicht eine allzustarke Belastung unseres öffentlichen Ausgaben-Etats und eine den Fortschritt und die Expansionsmöglichkeiten unserer heimischen Industrie hemmende Belastung des Unternehmergewinnes die unwünschenswerte Konsequenz sein soll, läßt gegenüber den etwa eintretenden Hemmungen und Schwächungen der Erwerbsfähigkeit der wirtschaftlich Schwächeren den Ausgleich durch Versicherung, meist durch Zwangsversicherung geboten erscheinen. Das Reich hat, eigentlich etwas spät auf seine hier liegenden Aufgaben sich besinnend, den energischen Ausbau unsres Versicherungsrechtes, des öffentlichen, wie privaten, erst in den letzten Jahren versucht und zum wesentlichen Teile (ungelöst ist immer noch die eminent wichtige Frage der Arbeitslosen- und

Mutterschaftsversicherung) auch in der im Jahre 1912 geschlossenen Session des Reichstages zum Abschlusse gebracht.

Diese Gesetze, vor allem der große Komplex der Reichsversicherungsordnung, erfordern aber erst einen längeren Durchgang durch die Praxis, ehe sie sich einer auf Gesichtspunkten der Erfahrung aufgebauten Beurteilung im einzelnen fruchtbar erschließen. Anders liegt die Sache auf dem Gebiete der privaten Versicherung. Hier geht der Kodifikation ihrer Normen eine sehr lange Handhabung ihrer Gesichtspunkte im täglichen und praktischen Leben voraus und das sie regelnde Gesetz, das 1910 in Kraft getretene „Gesetz über den Versicherungsvertrag“ gestattet nach zweijähriger Anwendung in der Praxis wohl die Aufrollung von Einzelfragen und den Versuch ihrer Beantwortung. Schließlich gibt ja die Resonanz, die ein junges Gesetz in der wissenschaftlichen Diskussion und praktischen Handhabung findet, der toten Materie erst Blut und Leben.

Die Diskussion über Einzelfragen aus dem vertraglichen Versicherungsrechte hat ziemlich gleichzeitig mit dem Erscheinen des Gesetzes eingesetzt. Hand in Hand mit ihr ging naturgemäß als Konsequenz der forensischen Handhabung die präjudizielle Festlegung einzelner Normen und Grundsätze. In vielen Fällen sind so die generellen Leitsätze ihrer Beurteilung überzeugend und schlüssig festgelegt. Bei anderen Fragen ist wiederum der schlechthin überzeugende Weg zu ihrer Beantwortung noch nicht

gefunden worden. So hat die Frage nach der Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, deren eminente Wichtigkeit für die Praxis auf der Hand liegt, weder in einer sie behandelnden Kontroverse, noch in der forensischen Handhabung eine Lösung gefunden, die den Stempel grundlegenden und generellen Abschlusses der Frage trüge.

Der Grund liegt hier sowohl in der Uneinheitlichkeit der Problemstellung, wie in der durch sie — wenn auch nur zum Teil bedingten — Verschiedenheit der für die einzelnen Lösungswege gewählten Ausgangspunkte. Einheitlich ist Fragestellung und Weg nur insoweit, als die allgemeine Tendenz dahingeht, um der Eigenart des Versicherungsgedankens willen, die Fremdhaftung im Versicherungsrechte nach Möglichkeit zu beschränken. Nach Möglichkeit, d. h. auf ein Maß, zu beschränken, das sich aus dem zunächst rein wirtschaftlichen Gedanken ergibt, durch eine Zurechnung der durch Dritte geschehenden Verletzung von Versicherungspflichten an den Versicherungsnehmer, eigentlicher noch durch eine Zurechnung, die sich aus der bedingungslosen Übertragung der entsprechenden einschlägigen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ergeben würde, die wirtschaftliche Idee des Versicherungszweckes auszuschalten. Der Grundgedanke der um diese Frage entstandenen Kontroverse ist mithin der, die durch das bürgerliche Recht normierten Prinzipien der Haftung für fremdes Verschulden, sei es völlig, sei es bedingt, auszuschalten.

Juristisch wird sich die Frage so formulieren, ob überall da, wo das Versicherungsvertragsgesetz aus dem Verschulden des Versicherungsnehmers eine Minderung oder Aufhebung der ihm aus dem Versicherungsvertrage erwachsenden Rechte normiert, dem Versicherungsnehmer auch ein Verschulden der im § 278 BGB. bezeichneten Personen als eigenes Verschulden zuzurechnen ist. Und für den Fall, daß diese Frage zu bejahen ist, ob die rechtspolitische und wirtschaftliche Idee des Versicherungsrechtes, als jus speciale, eine beschränkende Modifikation der für das jus generale des bürgerlichen Rechtes aufgestellten Normen der Fremdhaftung für vertragliches Verschulden erforderlich macht. Und endlich, wenn auch diese Frage zu bejahen wäre, ob aus dem jus speciale oder dem jus generale sich generelle Grundsätze einer solchen Einschränkung gewinnen lassen und welcher Art diese Grundsätze sind.

Erster Abschnitt.

Die Anwendbarkeit des § 278 im Versicherungsrecht.

1. Die formelle Anwendbarkeit.

Das Versicherungsvertragsgesetz regelt das Recht des privaten Versicherungsvertrages. Damit stellt es sich als ein Sondergesetz des Bürgerlichen Gesetzbuches dar, das einen an sich dem Gebiete dieses Gesetzes zufallenden Gegenstand zu regeln bestimmt ist. Systematisch betrachtet reiht sich der Versicherungsvertrag in die Reihe der im besonderen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse genannten und geregelten Vertragstypen ein. Er steht also zu den allgemeinen Normen des Schuldrechtes im gleichen Verhältnisse der Unterworfenheit wie diese Vertragstypen. Damit ist aber die formelle Anwendbarkeit dieser Normen und mit ihnen des § 278 auf den Vertragstypus: Versicherungsvertrag bejaht.

2. Die materielle Anwendbarkeit.

Mit der Bejahung einer lediglich systematisch-formellen Anwendbarkeit des § 278 BGB. ist immer noch die Frage offen gelassen, ob sich diese Bejahung auch unter dem

Gesichtswinkel materieller Rechtsbetrachtung rechtfertigt. Nach dem Grundsatze: lex specialis derogat legi generali wäre ein stillschweigender oder ausdrücklicher Ausschluß der allgemeinen Normen des Schuldrechtes oder wenigstens einzelner von ihnen durch das Versicherungsvertragsgesetz möglich.

Ein ausdrücklicher Ausschluß des § 278 BGB. findet sich im Versicherungsvertragsgesetz nicht.

Es bleibt aber die Frage zu prüfen, ob aus der in seinen Einzelvorschriften erkennbar gewordenen Gesamttendenz des privaten Versicherungsrechtes die Annahme einer Fremdhaftung im Sinne des § 278 BGB. als eines allgemein durchgehenden Prinzipes auch des Versicherungsrechtes zulässig ist oder nicht.

Verneint hat diese Frage nach meiner Kenntnis nur Schneider.[1])

Schneider begründet die Nichtanwendbarkeit des § 278 BGB. im Versicherungsrechte auf zweifachem Wege: Einmal aus der Natur des § 278 heraus, speziell aus der von ihm gegebenen Einschränkung des Begriffes der Erfüllungshandlung, unter den nach seiner Meinung die Erfüllung der dem Versicherungsnehmer obliegenden Pflichten nicht falle. Auf diesen Teil der Schneiderschen Lehre wird in anderem Zusammenhange zurückzukommen sein. Schneider lehnt aber auch die Annahme einer Fremdhaftung aus Gründen ab, die sich für ihn positiv-

---

[1]) Schneider in IheringsJ. Bd. 53.

rechtlich aus den Vorschriften des Versicherungsrechtes ergeben. Er steht auf dem Standpunkt, daß dem § 278 seine Geltungsmöglichkeit im Sonderrechte des Versicherungsvertrages durch Vorschriften dieses Gesetzes und die Art ihrer Formulierung an sich entzogen sei.

Schneider stellt nämlich die Behauptung auf, daß das Versicherungsvertragsgesetz für seinen Geltungskreis ein generelles Prinzip der Selbstverschuldung aufstelle. In Begründung dieser These geht er von dem § 61 VVG. aus. In der Auslegung dieses Paragraphen nimmt Schneider Bezug auf die anläßlich der Beratung des Gesetzes in der Reichstagskommission geltend gemachte Auffassung, daß die von der Rechtsprechung angenommene Haftung für Dritte nicht dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entspräche. Schneider macht sich dann die vom Regierungstische behauptete Unanwendbarkeit des § 278 im Falle des § 61 VVG. zu eigen und fährt dann fort: Es sei weder im Wortlaute des § 61, noch sonst irgendwo im Gesetze ein Anhalt dafür gegeben, daß die vorsätzliche oder grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles durch einen anderen, als den Versicherungsnehmer für diesen rechtsverwirkende Konsequenzen haben sollte. Die Bedenklichkeit einer solchen Auslegung und Ausdehnung der Haftung des Versicherten ergäbe sich auch aus der Unmöglichkeit, sichere Grenzen für den Personenkreis zu finden, für die der Versicherte haften solle. Und dann fährt Schneider fort: „... und mit der Formel des § 278 käme man vollständig ins Gedränge, weil der

Versicherungsnehmer sich hier zur Verletzung und nicht zur Erfüllung einer Pflicht eines anderen bedient haben müßte“.

Soweit reicht die Begründung des Selbstverschuldungsprinzipes aus § 61 VVG.

Schneider zieht nun weiter den § 6 des Gesetzes heran. Er zeige, daß die unverschuldete Verletzung einer Obliegenheit des Versicherungsnehmers die vertraglich vereinbarten Konsequenzen einer solchen Verletzung nicht haben sollte, und daß von dieser Rechtssetzung zum Nachteile des Versicherungsnehmers nicht solle abgewichen werden dürfen. Daraus ergibt sich nach Schneider, daß „bei vereinbarter Verwirkungsfolge alles auf das eigene Verschulden des Versicherungsnehmers ankommen soll“. Da aber der § 6 alle Obliegenheiten des Versicherungsnehmers habe treffen wollen, so habe für sie alle der Grundsatz zu gelten, daß eine Erweiterung der Haftung über den Rahmen eigenen Verschuldens hinaus bei vereinbarter Verwirkungsfolge ausgeschlossen sei.

Schneider führt dann als drittes Argument die gegensätzliche Formulierung der §§ 23 und 27 ins Feld. Hier möchte ich, Gierke folgend, Schneiders Ausführungen im Wortlaute bringen. Er sagt: „Am deutlichsten tritt das Gesagte (das behauptete Selbstverschuldungsprinzip) aber in dem Gegensatze der §§ 23 und 27 hervor. Ersterer lautet: Nach dem Abschlusse des Vertrages darf der Versicherungsnehmer nicht ohne Einwilligung des Versicherers eine Erhöhung der Gefahr

vornehmen oder ihre Vornahme durch einen Dritten gestatten ... Beruht eine Verletzung dieser Pflicht auf einem Verschulden des Versicherungsnehmers (§ 25), so tritt Verwirkung ein. Im vollen Gegensatze bestimmt dann aber § 27: Tritt usw. ... unabhängig vom Willen des Versicherungsnehmers ein ... Hier ergibt sich für den letzteren nur eine Anzeigepflicht und jede vertragliche Erschwerung zuungunsten des Versicherungsnehmers ist hier wiederum ausgeschlossen (§ 31). Es ist demnach für diesen Fall m. E. ganz klar, daß von einer Rückwirkung fremden Verschuldens ohne eigenes beim Versicherungsnehmer niemals die Rede sein soll. Denn wenn er die Vornahme durch einen Dritten schuldvoll gestattet, so handelt er eben selber schuldvoll. Es ist obendrein schwer zu sagen, was man unter einer von Dritten hervorgerufenen schuldhaften Erhöhung des Gefahrenzustandes denken solle, da diesen ja der den Versicherungsnehmer bindende Vertrag nicht im geringsten etwas angeht! Bei derartigen Erhöhungshandlungen läßt sich von einem Verschulden des Dritten im Grunde nicht sprechen“.

Gegen dieses Schneidersche Prinzip der Selbstverschuldung und die auf diesem Wege begründete Verneinung des Anwendungszwanges des § 278 BGB. haben sich sowohl Brodmann[1] wie Gierke[2] gewandt. Insoweit ist Gierke meines Erachtens ohne weiteres zu

[1] Brodmann in IheringsJ. Bd. 58 S. 187 f.

[2] Gierke in LZ. 1901 Nr. 10 S. 721 f.

folgen, als er Schneiders Begründung aus § 61 VVG. bekämpft. Was Gierke hier ausführt, deckt sich sachlich mit dem, was oben zur formellen Anwendbarkeit des § 278 gesagt wurde. Gierke muß durchaus gefolgt werden, wenn er die von Schneider behauptete Selbständigkeit des Sonderrechtes des Versicherungsvertragsgesetzes dahin einschränkt, daß von einer Selbständigkeit dieses Sonderrechtes nur insoweit die Rede sein könne, als ein Ausschluß der Rechtsregeln des jus generale ausdrücklich angeordnet oder wenigstens erkennbar sei. Es ist aber überall da, wo in den Schuldrechtsverträgen von einem vorsätzlich oder fahrlässig kontraktswidrigem Verhalten des Schuldners, von schuldnerischem Verschulden gesprochen wird, dem Schuldner das Verschulden der im § 278 bezeichneten Personen zuzurechnen. Im Geltungsgebiete des bürgerlichen Rechtes wird kraft Rechtsfiktion ein Verschulden dieser Personen als schuldnerisches Verschulden angesehen. Und in diesen Kreis gehört, wie oben bei Besprechung der systematischen Stellung des Versicherungsvertragsgesetzes ausgeführt wurde, auch das Versicherungsrecht. Eines besonderen Hinweises darauf, daß unter einem Verschulden des Versicherungsnehmers auch das Verschulden der im § 278 BGB. bezeichneten Personen zu verstehen sei (wenn anders seine Anwendung aus seiner Rechtsnatur heraus überhaupt möglich ist) bedurfte es mithin nicht.

Das gleiche wie hier gilt gegenüber der Interpretation, die Schneider dem § 6 VVG. angedeihen läßt.

Eine unverschuldete Obliegenheitsverletzung liegt eben nur vor, wenn weder den Versicherungsnehmer noch die im § 278 BGB. bezeichneten Personen ein Verschulden trifft. Das ist keine Abweichung zum Nachteile des Versicherungsnehmers, sondern Konsequenz der positiven Rechtssetzung, daß als Verschulden eines Schuldners nicht nur sein eigenes, sondern auch das seiner Erfüllungsgehilfen und seines gesetzlichen Vertreters anzusehen ist.

Dabei darf freilich eines nicht übersehen werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht scheinbar selbst nicht auf dem Standpunkte, daß § 278 als durchstehendes Prinzip des ganzen Schuldrechtes zu gelten habe. An zwei Stellen, im Auftrag und im Verwahrungsvertrage ist die Haftung des Beauftragten und des Verwahrers nach § 278 ausdrücklich normiert worden. Das erscheint aber nur prima vista so. In Wirklichkeit bedeuten die Bestimmungen der §§ 664, 691 den Ausschluß der Haftung nach § 278. War der Schuldner berechtigt, sich seiner Auftrags- bezw. Verwahrungspflichten durch Hinzuziehung eines Dritten zu entledigen, so soll er für dessen Verschulden nicht haften. Er haftet nur für ein ihn bei der Hinterlegung bezw. Übertragung treffendes Verschulden. Um aber keinen Zweifel darüber aufkommen zu lassen, daß die schuldhafte Vornahme dieser Hinterlegung bezw. Übertragung durch einen Gehilfen usw. trotz generellen Geltungsausschlusses des § 278 doch gegen den Schuldner wirken solle, hat das Gesetz die Geltung des § 278 hier ausdrücklich normieren müssen. In Wirklichkeit ist durch

diese scheinbare Anomalie nichts gegen die stillschweigende, allgemeine Geltung des § 278 bewiesen.

Höchstens etwas dafür. Diese Form der Rechtssetzung gestattet wohl den Rückschluß, daß das Gesetz einen Ausschluß der Geltung des § 278 nur will — ihn da aber auch ausdrücklich ausspricht —, wo eine Abwälzung der vertraglichen Schuldnerpflichten auf einen Dritten vereinbarungsgemäß gestattet ist. Damit scheint mir ein Beweis dafür gegeben, daß das Gesetz einen Ausschluß des § 278 nicht nur lediglich unter diesen Umständen will, sondern auch beim Vorliegen dieser Umstände den Ausschluß erkennbar normiert. Im Versicherungsvertragsgesetz und den dort den Versicherungsnehmer treffenden Pflichten liegen aber weder diese Voraussetzungen vor, noch ist in der Formulierung ein Anhaltspunkt für einen gewollten Ausschluß zu finden.

Auch das dürfte stark gegen die Schneidersche These sprechen.

Einen dritten Anhalt für seine Lehre findet Schneider in der gegensätzlichen Formulierung der §§ 23, 27 VVG. Wenn ich ihn richtig verstehe, will Schneider so argumentieren: Die Vornahme einer Gefahrerhöhung solle rechtsverwirkende Konsequenzen nur haben, wenn sie durch den Versicherungsnehmer geschehen oder ihre Bewirkung durch einen Dritten von ihm gestattet sei. Daraus ergäbe sich, daß hier nur auf das Verschulden des Versicherungsnehmers gesehen werden solle; denn sowohl die Vornahme der Gefahrerhöhung durch den Versicherungs-

nehmer, wie die Gestattung der Vornahme durch einen Dritten, bedeute ein Verschulden des Versicherungsnehmers. Während die Rechtsverwirkungsfolgen des § 23 mithin ein Verschulden des Versicherungsnehmers zur Voraussetzung hätten, sei in den Fällen, daß die Gefahrerhöhung unabhängig vom Willen des Versicherungsnehmers einträte, ihm lediglich eine Anzeigepflicht auferlegt.

Gegen diese Beweisführung hat Gierke[1]) eingewandt, daß „der, für den der Versicherungsnehmer event. haften solle, nicht unter den gesetzlichen Ausdruck ‚Dritter‘ falle“. Der sei vielmehr „gleichzusetzen“ mit dem Versicherungsnehmer. Man müsse den § 23 dahin verstehen, daß mit ihm gesagt werden sollte: „Der Versicherungsnehmer oder sein Vertreter“ darf keine Gefahrerhöhung vornehmen oder durch einen Dritten gestatten. So glücklich und einfach diese Lösung auch erscheint, so wird man sich doch dem Bedenken Schneiders nicht ganz verschließen können, der meint, daß nicht einzusehen sei, „wie man dem Gesetze ohne Bedenken einen Zusatz und ein in Wahrheit seinen Sinn wesentlich umgestaltendes Wort aufdrängen könne“. Es wird deshalb doch der Versuch zu machen sein, eine Begründung zu finden, die diesem Bedenken den Boden entzieht. Denn bei oberflächlicher Betrachtung scheint es faktisch so, als verkehre diese Einfügung Gierkes den Sinn der Vorschrift.

---

[1]) Gierke a. a. O. S. 727.

In Wirklichkeit liegt die Sache doch etwas anders. Zunächst ist Schneider darin Recht zu geben, daß im Rahmen des § 23 für eine Anwendung des § 278 BGB. zunächst und unmittelbar kein Raum ist. Und zwar deshalb nicht, weil eine Gefahrerhöhung nach § 23 Abs. 1 VVG. nicht notwendig auf einem Verschulden beruhen muß. Wie § 24 zeigt, ist eine Gefahrerhöhung nach § 23 Abs. 1 denkbar, ohne daß sie auf einem Verschulden des Versicherungsnehmers zu beruhen braucht. Es sind sehr wohl Veränderungen an oder in bezug auf das versicherte Interesse denkbar, die, sei es, daß sie der Versicherte, sei es, daß sie ein Dritter bewirkt hat, objektiv zwar Gefahrerhöhungen sind, sich aber subjektiv in der Vorstellung des Versicherungsnehmers nicht als solche darzustellen brauchten. Der Gegensatz der §§ 23 u. 27 liegt also nicht etwa, wie es nach Schneider scheinen könnte, darin, daß im § 23 von verschuldeter und im § 27 von unverschuldeter Gefahrerhöhung die Rede ist. Der Gegensatz dieser Paragraphen liegt lediglich darin, daß in ihnen verschiedene Arten der Gefahrerhöhung umgrenzt werden. Im § 23 die vom Versicherungsnehmer selbst oder von einem Dritten, aber mit seiner Duldung ohne Einwilligung des Versicherers vorgenommene, im § 27 die unabhängig von seinem Willen eintretende Gefahrerhöhung. Für beide Paragraphen ist die Frage prinzipiell offen gelassen, ob die in jedem von ihnen geregelte Art der Gefahrerhöhung auf einem Verschulden des Versicherungsnehmers beruht oder nicht. Wenn nun auch

für die Erhöhungsart des § 27 eine Unterscheidung nach verschuldeter und unverschuldeter Gefahrerhöhung aktuell nicht vorhanden ist, so ist sie doch potentiell gegeben. Daraus nun, daß die Tatsache einer Gefahrerhöhung unabhängig von einem Verschulden des sie Vornehmenden sein kann, scheint sich mir zu ergeben, daß die von Gierke gegebene Interpretation des § 23 zu weit geht. Nimmt z. B. der gesetzliche Vertreter des Versicherungsnehmers eine Gefahrerhöhung vor, so bedeutet das schon eine Übertretung des § 23 in der Gierkeschen Fassung. Und mit dieser Übertretung eine Rückwirkung auf die Rechtssphäre des Versicherungsnehmers. Eine solche Rückwirkung wird aber nicht ganz leicht aufrecht zu erhalten sein, wenn den gesetzlichen Vertreter bei der Gefahrerhöhung kein Verschulden trifft. § 278 würde eine dahingehende Begründung nicht abgeben können, denn aus ihm läßt sich eine derartige Rückwirkung doch immer nur herleiten, wenn den gesetzlichen Vertreter bei der Vornahme ein Verschulden trifft. Aus den allgemeinen Grundsätzen der Stellvertretung läßt sich eine solche Rückwirkung aber auch nicht begründen. Denn rein tatsächliche Handlungen oder Unterlassungen — und solche werden die Akte der Gefahrerhöhung regelmäßig sein — sind keine Willenserklärungen und nur solche wirken unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Wenn also der gesetzliche Vertreter eines Versicherungsnehmers eine Handlung vornimmt, die zwar objektiv eine Erhöhung der Gefahr bedeutet, ihm als solche aber weder erkennbar war, noch erkennbar zu sein

brauchte, also unverschuldet ist, dann kann eine solche Gefahrerhöhung eine Rückwirkung auf die Rechtssphäre des Versicherten nicht haben. Für eine Anwendung des § 278 ist unter diesen Umständen kein Raum.[1])

Anders liegt die Sache im Falle des § 24 Satz 1. Hier, wie auch § 25 Abs. 1 ergibt sich aus dem Gegensatze zum Satze 2 (bezw. Abs. 2) die Notwendigkeit zu lesen: „Verletzt der Versicherungsnehmer verschuldetermaßen die Vorschrift des § 23 Abs. 1 . . .“ usw. Hier ist also die Möglichkeit der Rückwirkung fremden Verschuldens nach § 278 BGB. gegeben, d. h. die schuldhafte Verletzung der Vorschrift durch einen gesetzlichen Vertreter oder Erfüllungsgehilfen ist wie eine schuldhafte Verletzung durch den Versicherungsnehmer selbst anzusehen. Hat also die gleichen Rechtswirkungen, wie eine schuldhafte Verletzung durch ihn.

Hier ist noch der Schneidersche Einwand zu berücksichtigen, daß die schuldhafte Verletzung der Vorschrift des § 23 Abs. 1 durch einen Dritten etwas schwer Vorstellbares sei. Mir erscheint das nicht so. Warum soll die Gefahrerhöhung durch einen gesetzlichen Vertreter, der selbst den Versicherungsvertrag für den von ihm Vertretenen abgeschlossen hat, warum die Verletzung des § 23 Abs. 1 durch einen mit der Beseitigung einer eingetretenen Gefahr Betrauten und diese Pflicht Verletzenden nicht schuldhaft sein?

---

[1]) Auf diese Frage, wie auf den Gegensatz zu § 32 VVG. wird im einzelnen noch weiter unten bei Besprechung dieser Pflichten zurückzukommen sein.

Schneider scheint auf dem Standpunkte zu stehen, daß die schuldhafte Nichterfüllung von Vertragspflichten nur durch den Vertragsgebundenen möglich ist. Dabei übersieht er, daß die Vorschrift des § 278 ja gerade deshalb gegeben ist, weil eine gesetzliche wie freiwillige, wirtschaftliche wie rechtliche Beteiligung eines Dritten an der Erfüllung vertraglich gegebener Pflichten möglich und gegeben ist. Leugnet Schneider mithin die Möglichkeit schuldhafter Vertragsverletzung durch einen Dritten, so entzieht er damit dem § 278 vollständig den Boden.

Es ergibt sich somit, daß die schuldhafte Gefahrerhöhung durch einen gesetzlichen Vertreter bezw. Erfüllungsgehilfen des Versicherungsnehmers wie eine von ihm selbst vorgenommene Gefahrerhöhung angesehen werden muß, soweit sich nicht aus dem übrigen Inhalt des Versicherungsvertragsgesetzes oder aus allgemeinen Gesichtspunkten Gegenteiliges ergibt. Denn das scheint mir unabweisliche Konsequenz zu sein, daß die Fiktion, das schuldhafte Handeln dieser Personen sei als schuldhaftes Handeln des Versicherungsnehmers anzusehen, die Fiktion einschließt, auch das Handeln als solches sei als vom Versicherungsnehmer vorgenommen anzusehen. Damit erledigt sich aber der scheinbare Widerspruch mit dem § 27 VVG. Dieser umfaßt die Fälle — aber auch nur die Fälle — der Gefahrerhöhung, die vom § 23 Abs. 1 nicht getroffen werden. Schuldhafte Gefahrerhöhung durch den Personenkreis des § 278 unterfällt, wie gezeigt wurde, dem § 24 Satz 1 in Verb. mit § 22 Abs. 1. Dem steht auch der Begriff:

unabhängig vom Willen des Versicherungsnehmers nicht entgegen. Dieser Wille ist kein philosophischer Begriff, keine psychische Funktion, die psychologisch zu umgrenzen ist. Er ist ein Begriff des Rechtes, der die fiktive Ausdehnung zuläßt, auch Fremdhandlungen als Emanationen dieses Willens anzusehen. Wenn der Versicherungsnehmer sich das schuldhafte Handeln eines Dritten zurechnen lassen muß, so hat auch der dieses Handeln bestimmende Wille als sein Wille zu gelten.

Als Gesamtergebnis dieser Untersuchungen dürfte der Satz richtig erscheinen, daß das Versicherungsvertragsgesetz nicht auf dem Boden eines Selbstverschuldungsprinzips steht, sondern daß der § 278 BGB., so formell wie materiell, eine a priori uneingeschränkte Anwendung zu finden hat.

Es könnte vielleicht das methodisch Gegebenere erscheinen, im Anschluß an die bejahte Anwendbarkeit des § 278 BGB. im Versicherungsrecht zunächst die Normen dieser Anwendung an der Hand der zivilrechtlichen Dogmatik zu prüfen. Die Uferlosigkeit aber der zu dieser Frage erwachsenen Dogmatik zwingt hier zu einer Einschränkung auf das für unsere Frage Wesentliche. Die Richtlinien einer solchen Einschränkung sind aber am praktischsten den Fragen zu entnehmen, die sich bei einer Prüfung einzelner Pflichten des Versicherungsnehmers aufwerfen. Ihnen hat sich mithin im folgenden die Untersuchung zuzuwenden.

Zweiter Abschnitt.

Die Pflichten des Versicherungsnehmers.

1. Welche Pflichten auferlegt das Versicherungsvertragsgesetz dem Versicherungsnehmer?

Mit dem Abschluß des auf Schadensausgleich gerichteten Versicherungsvertrages übernimmt der Versicherer die Verpflichtung, Schadensfolgen, die für die Vermögenssphäre des Versicherten infolge von Ereignissen eintreten, gegen die der Versicherte sich decken will, durch Ersatz des Vermögensschadens auszugleichen und damit die Gefahr, „die dem Vermögen des Versicherungsnehmers von einem bestimmten, nicht durch dessen Willen herbeigeführten, von außen kommenden Ereignisses droht, von demselben abzuwenden und auf das Vermögen des Versicherers zu legen.[1]) Die Gegenleistung des Versicherungsnehmers besteht in der Zahlung einer gewissen Summe, der Prämie. Diese Pflicht der Prämienzahlung ist die eigentliche Vertragsleistung des Versicherungsnehmers und ihre Stipulierung Voraussetzung eines wirksamen Versicherungsvertrages.

---

[1]) Lewis, Lehrb. d. VersR. S. 64.

Neben dieser Prämienzahlungspflicht, die in dem Gegenseitigkeitsgefüge des Versicherungsvertrages die Gegenleistung des Versicherungsnehmers darstellt, erwachsen dem Versicherungsnehmer aus dem Vertrage noch eine Reihe weiterer „Pflichten“, die sich aus der besonderen Natur des Versicherungsvertrages ergeben. Diese Obliegenheiten dienen z. T. dem Zwecke, dem Versicherer die Beurteilung des zu übernehmenden Risikos zu ermöglichen, z. T. einer Begrenzung dieses Risikos durch Beschränkung der Möglichkeiten des Ereigniseintrittes, gegen das Versicherung genommen ist; der Begrenzung auch durch Abwendung weiteren Schadens nach Eintritt dieses Ereignisses; endlich der Erleichterung einer einwandfreien Schadensfestsetzung.

Eine Zusammenstellung dieser Pflichten gibt Brodmann[1]) einmal in zeitlicher, einmal in systematischer Gruppierung. Aus Gründen einer leichteren Übersichtlichkeit möchte ich mich an die zeitliche Einteilung halten, die Brodmann selbst als die für den gedachten Zweck praktischere empfindet.

Nach Brodmann gruppieren sich diese Pflichten so:

I. Abschluß des Versicherungsvertrages.
Anzeigepflicht (§ 16).

II. Obliegenheiten des Versicherungsnehmers bis zum Eintritt des Versicherungsfalles:

---

[1]) JehringsJ. Bd. 22 S. 261.

1. Vermeidung des Versicherungsfalles im allgemeinen (§§ 61, 125, 154 Abs. 2).
2. Pflegliche Behandlung des Gegenstandes, auf welchen sich die Versicherung bezieht (§§ 32, 117, 126).
3. Vorbeugung (§ 121, 122).
4. Obliegenheiten in bezug auf die Gestaltung des Risikos im allgemeinen:
   a) Gefahrerhöhung durch den Versicherungsnehmer (§ 23).
   b) Gefahrerhöhung, die unabhängig vom Willen des Versicherungsnehmers eintritt (§§ 27, 121, 137, 146).
5. Überversicherung, Doppelversicherung, Veräußerung des Gegenstandes, auf den sich die Versicherung bezieht (§ 69 f.).

III. Obliegenheiten nach dem Eintritt des Versicherungsfalles:
1. Abwendung weiteren Schadens (§ 62).
2. Verpflichtung, den Tatbestand nicht zu verdunkeln (§§ 93, 111).
3. Anzeige von Eintritt des Versicherungsfalles (§§ 23, 92, 153).
4. Auskunft, Belege (§ 34).
5. Rechtzeitige Klagerhebung.
6. Erhaltung der Ersatzansprüche gegen Dritte (§§ 67, 118).

2. Art und Wesen dieser Pflichten.

Die rechtliche Qualifizierung dieser Pflichten hat in Dogmatik und Rechtsprechung zu stark voneinander abweichenden Ergebnissen geführt. Man geht richtig davon aus, daß diese Pflichten außerhalb des Rahmens einer vertraglichen Gegenleistung fallen, der, wie ausgeführt wurde, lediglich die Pflicht zur Prämienzahlung umfaßt. Insoweit dürfte allgemeine Übereinstimmung herrschen. Die Natur der übrigen „Pflichten" ist dagegen einigermaßen kontrovers.

Bei ihrer Beurteilung ist zunächst von dem Wortlaute auszugehen, mit dem die Normierung dieser Pflichten ihre Verlautbarung gefunden hat, und der, wie noch gezeigt werden wird, keineswegs das Ergebnis reiner Zufälligkeit in der Formulierung ist. Das Versicherungsvertragsgesetz spricht wohlunterschieden bei der einen „Pflichtenkategorie" in einer Form, die dem Versicherungsnehmer ein bestimmtes Verhalten, sei es nun positiver oder negativer Art, vorschreibt. Der Gesetzgeber wählt hier Formulierungen, wie: ... „hat" ... „darf nicht" ... u. ä. Bei der anderen Kategorie normiert das Gesetz den Eintritt gewisser Rechtsfolgen für den Fall, oder eigentlicher: ... „wenn" ... der Versicherungsnehmer etwas tut oder unterläßt, ohne aber irgendwie zum Ausdruck zu bringen, daß es dem Versicherungsnehmer ein die Verwirkungsfolgen vermeidendes Handeln zur Pflicht machen wolle oder auch nur könne. Diese Verschieden-

heit in der Anordnung der Versicherungspflichten zwingt zu einer getrennten Behandlung.

Als erste soll die Kategorie derjenigen Obliegenheiten geprüft werden, die dem Versicherungsnehmer, als von ihm zu erfüllen, auferlegt sind.

a) Obliegenheiten, deren Erfüllung dem Versicherungsnehmer zur Pflicht gemacht wird.

Zu dieser Kategorie rechnen sich zunächst zwei Gruppen: die Gruppe der Anzeigepflichten, dann die Gruppe der Pflichten, die dem Versicherungsnehmer die Vornahme von Gefahrerhöhungen, sei es generell, sei es in bestimmten Geboten oder Verboten, untersagen.

aa) Die Anzeigepflichten.

Die herrschende Lehre über die Natur der Anzeigepflichten dürfte in zwei Entscheidungen des Reichsgerichts zu finden sein. In beiden Entscheidungen[1]) wird der Grundsatz aufgestellt, daß es sich in der Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nicht um eine in irgendeiner Art erzwingbare, bei Nichterfüllung in eine Schadensersatzpflicht übergehende Verbindlichkeit handele, sondern lediglich eine Voraussetzung für die Erhaltung des Anspruches aus dem Versicherungsvertrage gewollt sei.[2])
Gegen diesen Standpunkt hat sich mit guten Gründen

---

[1]) RG. Bd. 52 S. 342, Bd. 62 S. 190.

[2]) RG. Bd. 52.

Josef[1]) gewandt. Er weist darauf hin, daß die Begründung zum § 33 VVG. ausspreche, daß eine Verletzung der ... Pflicht, den Eintritt des Versicherungsfalles anzuzeigen, ... schadensersatzpflichtig mache. Wenn nun das Reichsgericht argumentiere, daß diese Anzeigepflicht praktisch nicht in Betracht komme, „wo die Versicherungsbedingungen für den Fall versäumter Anzeige Verwirkung zu stipulieren pflegten“, so hält Josef dem m. E. mit guten Gründen entgegen, daß durch die Verwirkungsstipulation die Anzeigepflicht nicht beseitigt, sondern eher verstärkt werde.[2])

Der Kommentar von Hager=Behrend läßt die Frage, ob vertragsmäßige Verbindlichkeit oder Voraussetzung des Versicherungsanspruches, unentschieden.

Auch Gierke[3]) nimmt Bezug auf die Josefsche Kritik des höchstgerichtlichen Standpunktes und findet seine Argumentation richtig. Er sucht dann seinen Standpunkt, daß die Anzeige„pflicht“ wirklich eine „Obliegenheit“ des Versicherungsnehmers sei, im einzelnen noch durch folgende Gedanken zu begründen:

Gierke geht davon aus, daß der Wille des Versicherungsvertragsgesetzes unzweifelhaft dahinginge, die meisten dem Versicherungsnehmer auferlegten Obliegenheiten als Verpflichtungen zu betrachten, deren schuldhafte Verletzung den Versicherungsnehmer schadensersatz=

---

[1]) Josef in Gruchots Beitr. Bd. 52 S. 270 ff.

[2]) vgl. hierzu im einzelnen Josef a. a. O.

[3]) Gierke a. a. O. S. 735 f.

pflichtig mache. Die Unanzweifelbarkeit dieser These gewinnt Gierke aus der Begründung zu § 6 VVG. Vor allem aus dem schon von Josef hervorgehobenen Grundsatze: „Aus jeder Art von Verschulden bei der Verletzung der dem Versicherungsnehmer obliegenden Pflichten erwächst ihm kraft Gesetzes ein Schadensersatzanspruch, den er nötigenfalls im Wege der Aufrechnung geltend machen kann“. Diese Schadensersatzpflicht, meint Gierke nun, ließe sich lediglich aus einer Anwendung der Vorschriften über die Verpflichtung zur Leistung begründen.

Damit hat wohl Gierke den Kernpunkt der ganzen Frage getroffen. Nur dürfte es zur stärkeren Sicherung dieses Standpunktes nicht unnützlich erscheinen, in seiner Begründung noch ein wenig weiter zurückzugreifen. Auch mir will es nicht zweifelhaft scheinen, daß sich die Schadensersatzpflicht, die sich nach der Begründung des Gesetzes aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben soll, nur aus einer Anwendung der Vorschriften über die Verpflichtung zur Leistung ableitbar ist. Aber gerade die Anwendbarkeit dieser Vorschriften scheint mir eines Nachweises wert. Dazu braucht nur das, was in der Begründung des Gesetzes und in der Beweisführung Gierkes implicite sich findet, mit ein paar Worten herausgestellt zu werden.

Dabei kann an das angeknüpft werden, was oben über den rechtlichen Charakter der Prämienzahlungspflicht gesagt wurde. Sie wurde im Gegenseitigkeitsgefüge des Versicherungsvertrages als die Gegenleistung des Ver-

sicherungsnehmers bezeichnet. Daraus darf aber doch nicht geschlossen werden, daß in der eigentlichen Gegenleistung sich der Begriff der vertraglich übernommenen Pflicht erschöpfe. Wenn man von der Definition des § 241 BGB. ausgeht, die — zwar nicht der Form — aber der Tendenz nach eine Definition des Begriffes Schuldverhältnis ist, so ist ein solches in der Beziehung zu finden, die sich aus der rechtlichen Verbundenheit einer Person zu einer Leistung an eine andere ergibt. Diese rechtliche Verbundenheit kann Konsequenz gewollter Bindung sein, d. h. auf Rechtsgeschäft beruhen. Sie kann aber auch unmittelbar auf Gesetz beruhen, d. h. unmittelbare und ein für allemal festgelegte Folge der Realisierung eines bestimmten Tatbestandes sein. Wie z. B. die Verpflichtung des Verwahrers, hinterlegtes Geld, soweit er es für sich verwendet, zu verzinsen. Hier zeigt sich schon, daß diese Entstehungsgründe sich keineswegs ausschließen, d. h. daß im Rahmen eines auf Rechtsgeschäft beruhenden Schuldverhältnisses die Entstehung eines unmittelbar auf Gesetz beruhenden Teilschuldverhältnisses möglich ist. Wenn also das Gesetz von Schuldverhältnis spricht, dann hat es ein Doppeltes im Auge: einmal jede rechtsgemäße Leistungsverbundenheit von Person zu Person. Dann aber auch den Komplex mehrerer Leistungsverbundenheiten zusammengefaßt zur Zweckeinheit einer rechtlich geordneten Gesamtbeziehung. Die Stellung der einzelnen Leistungsverbundenheiten zueinander bestimmt sich also lediglich nach dem Zwecke,

dem sie in dem Gesamtkomplexe dienen sollen. Die Betonung einer einzelnen Leistungsverbundenheit und ihre Erhebung zum Range einer „Hauptverbindlichkeit“ ist aber nur Ergebnis der Differenzierung aus der Idee des Zweckes, mithin wirtschaftliche und nicht Rechtsdifferenzierung. Aus einer solchen Betonung und Hervorhebung einer einzelnen Leistungsverbundenheit kann aber eine rechtliche Veränderung der anderen nicht abgeleitet werden. Ebensowenig kann aber auch die bei Begründung eines Schuldverhältnisses vorgenommene Betonung einer Leistungsverbundenheit als einer „Hauptpflicht“, die wiederum nur wirtschaftliche und nicht rechtliche Differenzierung ist, die rechtliche Qualität anderer Leistungsverbundenheiten beeinflussen. Jede Verpflichtung zu einer Leistung, an deren Erfüllung der Leistungsberechtigte ein schutzwürdiges Interesse hat, stellt ein Schuldverhältnis dar und macht den Leistungsberechtigten zum Leistungsgläubiger des Leistungsverpflichteten, des Schuldners. Und zwar kann das nicht nur für Verpflichtungen gelten, die bei Abschluß des Gesamt*schuld*verhältnisses normiert sind, sondern es trifft auch Leistungsverbundenheiten, die das Gesetz fixiert; sei es unmittelbar, sei es, daß es sie von der Realisierung eines bestimmten Tatbestandes abhängig macht. Denn derartige legale Festsetzungen haben als bedingt oder unbedingt gewollter Parteiwille zu gelten.

Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb Obliegenheiten des Versicherungsnehmers, auf deren Erfüllung der Versicherer einen rechtlich begründeten Anspruch hat,

deshalb aufhören sollten „Schuldverhältnisse" zu sein (der römische Terminus der „obligatio" trifft eigentlich das Wesen der Sache tiefer), weil sie wirtschaftlich gesehen sich als Nebenleistungen qualifizieren. Das ist auch zu verneinen und ihre Natur als „obligationes, als Schuldverhältnisse im engeren Sinne" zu bejahen. Aus dem gleichen Grunde muß — wenigstens theoretisch — ihre Klagbarkeit bejaht werden. Es ist m. E. ein etwas kühner Schluß, aus der mangelnden wirtschaftlichen Hilfe, die eine Klage hier dem Versicherer gewährt, und die auch in der sehr weitgehenden Sicherung seiner Rechte bei Obliegenheitsverletzung durch den Versicherungsnehmer ihren Ausdruck gefunden hat, eine theoretische Unklagbarkeit zu folgern. Denn, wenn das Gesetz z. B. im Falle verletzter Anzeigepflicht dem Versicherer ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht gibt, so trägt es nur dem Umstande Rechnung, daß eine Erfüllung des Anzeigeanspruchs nach Verletzung für den Versicherer kein Interesse mehr hat. Und ihm den sonst auferlegten Beweis mangelnden Interesses an der Anspruchserfüllung ersparend, erhebt es das mangelnde Interesse an der Erfüllung zum Range einer stillschweigenden praesumtio iuris et de iure. Aus dieser legalen Unterstellung des mangelnden Interesses an der Erfüllung des Anzeigeanspruches kann aber m. E. nichts gegen Anspruchscharakter des Rechtes auf Anzeige gefolgert werden.

Mir dürfte es somit unbedenklich scheinen, die Anzeigeverbindlichkeiten des Versicherungsnehmers und korre-

spondierend den Anspruch des Versicherers auf ihre Erfüllung ein Schuldverhältnis im engeren Sinne der römischen obligatio zu nennen. Daraus folgt aber die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Verpflichtung zur Leistung. Und aus ihr folgt nicht nur die Gegebenheit der nach der Begründung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleiteten Schadensersatzpflicht, sondern auch die Kette der Schlußfolgerungen, die Gierke und Josef gegen den höchstgerichtlichen Standpunkt geltend gemacht haben. Mir will zudem scheinen, daß das Reichsgericht mit seiner Bezeichnung der Anzeigepflicht als nur der Voraussetzung für die Erhaltung des Anspruches aus dem Versicherungsvertrag nichts sagt, was die Bezeichnung der Anzeigepflicht als einer Vertragspflicht ausschlösse. Denn die Pflicht zur Prämienzahlung ist, da nach fruchtloser Fristsetzung ebenfalls Verwirkung eintritt (§ 39 VVG.), nicht minder Voraussetzung zur Erhaltung des Anspruches aus dem Vertrage, ohne daß sie deshalb aufhörte, Vertragspflicht zu sein. Wenn aber — wie es scheinen könnte — das Reichsgericht den Unterschied darin suchen und sehen will, daß der Versicherer an der Prämienzahlung ein Interesse habe, an der Erfüllung der Anzeigepflicht aber nicht, da ihn die vereinbarte Verwirkungsfolge schütze, so würde ich das für ganz und gar bedenklich halten. Denn dann liefe die Anzeigepflicht lediglich darauf hinaus, Fußangel für den Versicherungsnehmer zu sein und gute Gelegenheit für den Versicherer, sich seiner Vertragspflicht zu entziehen. Alles

drängt m. E. zu der Auffassung, daß die Vereinbarung der Verwirkungsfolge für den Fall verletzter Anzeigepflicht ein verstärkter Appell zu ihrer Erfüllung sein soll, nicht sie aber ihres Charakters als Vertragspflicht entkleiden kann.

Diese Ausführungen scheinen auf den ersten Blick nur die Anzeigepflichten zu treffen, die nach Abschluß des Vertrages zu leisten sind. Eine besondere Beurteilung erfordern naturgemäß die Anzeigen, die bei Schließung des Versicherungsvertrages zu leisten sind, weil es sich in ihnen nicht um Vertragspflichten im eigentlichen Sinne handelt. Ja, man wird sie überhaupt nicht als Pflichten schlechthin bezeichnen können. Denn wenn auch der Versicherer ein Recht auf ordnungsmäßige Anzeige der anzuzeigenden Umstände hat, so ist dieses Recht doch kein selbständiges. Steht und fällt es doch mit dem Willen des Versicherungsnehmers, Versicherung zu nehmen oder nicht. Und doch müßte auch hier das Vorliegen einer „Pflicht“ angenommen werden, wenn anders man nicht in Schwierigkeiten hinsichtlich der Frage des Verschuldens geraten will. Auch hier hat das zu gelten, was oben an anderer Stelle ausgeführt wurde, nämlich, daß die vom Gesetze vorgesehene Möglichkeit unverschuldeter Verletzung der Anzeigepflicht zu einer Trennung in verschuldete und unverschuldete zwingt. Niemand wird aber auf die Idee kommen wollen, daß dieses Verschulden nicht vertragliches sein solle, d. h. daß mit der verletzenden Handlung des Versicherungsnehmers etwa ein absolutes und kein obligatorisches Recht verletzt werde.

Zur Annahme vertraglichen Verschuldens reicht aber die Feststellung nicht aus, daß die verletzende Handlung als solche gewollt (vorsätzlich) oder ihr verletzender Erfolg habe vorausgesehen werden müssen (fahrlässig), sondern es muß mit dieser Handlung ein sich auf ein Schuldverhältnis begründendes Recht auf Leistung des Handelnden beeinträchtigt sein, d. h. es muß eine ihm entsprechende Leistungspflicht entweder gar nicht oder nicht gehörig erfüllt, oder die Möglichkeit ihrer Erfüllung durch das vorsätzliche oder fahrlässige Handeln bezw. Nichthandeln des Verpflichteten abgeschnitten sein. Die Frage nach dem Gegebensein eines Verschuldens ist doch nicht nur Frage nach der Zurechenbarkeit eines Handelns (bezw. Nichthandelns), darnach ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt. Vielmehr kann diese Frage überhaupt erst existent werden, wenn durch das Handeln, dessen Zurechenbarkeit geprüft werden soll, ein Recht verletzt worden ist. Bei obligatorischem Verschulden ist ein solches Recht aber immer ein Recht nach § 241 BGB. Das folgt schon unmittelbar aus § 276 BGB., das den Begriff des obligatorischen Verschuldens auf ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln des Schuldners, d. h. des nach § 241 BGB. zu einer Leistung Verpflichteten, abstellt. Und deshalb kann m. E. begriffsnotwendig gesagt werden:

Kein vertragliches Verschulden ohne Leistungspflicht, wo aber vertragliches Verschulden, da Leistungspflicht!

Es kann ja nun freilich nicht zweifelhaft sein, daß diese Deduktion nicht mehr als ein Indiz dafür sein

kann, daß die Aufgaben, die dem Versicherungsnehmer bei Vertragsschluß erwachsen, „Pflichten" im Sinne des § 241 BGB. sind. Soll aber behauptet werden, daß — so allgemein wird die Frage doch zu stellen sein — schon im Vertragsschlusse den Parteien Pflichten erwachsen können, deren schuldhafte Verletzung haftbar machen kann, so wird die Begründung doch auf einem andern Wege versucht werden müssen.

Die herrschende Lehre hat sich zu dem Satze, daß auch ein Verschulden beim Vertragsschlusse haftbar machen könne, ablehnend verhalten; meist mit der Begründung, daß eine solche Haftung aus dem Gesetze weder ableitbar, noch als gewollt erkennbar sei. Hier Abhilfe geschaffen zu haben, ist das Verdienst Leonhardts.[1]) Wenn er auch nicht verkennt, daß aus dem Wortlaute des Gesetzes sich für eine Haftung für Vertragsschuld nichts ergäbe, so vertritt er doch im Gegensatz zu denen, „denen der Buchstabe des Gesetzes heilig ist", den Standpunkt, daß auch außerhalb der ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes Rechtssätze anzuerkennen wären. Das Recht zu freier Auslegung und zur Ergänzung muß aber, wie Leonhardt meint, dazu führen, neben den vom Gesetz fixierten Fällen der Haftung für Vertragsschuld eine allgemeine und grundsätzliche Haftung für Vertragsschuld zu bejahen.

Das Recht zu dieser Ergänzung findet Leonhardt in einem Dreifachen:

---

[1]) Leonhardt, Verschulden beim Vertragsschlusse.

In der Bejahung der Vertragsschuld durch das frühere Recht, in der Analogie anderer Vorschriften und in dem praktischen Bedürfnis, das diese Haftung fordert.

Für das alte Recht findet Leonhardt die Haftung für Vertragsschuld in der Lehre von der bona fides begründet. Denn in ihrer Beobachtung liegt — wie Leonhardt mit Recht ausführt — nicht nur die Pflicht, arglistiges Handeln zu meiden, sondern auch fahrlässiges, da unter bona fides „redlich gewissenhaftes Handeln"[1]) zu verstehen sei. Er bringt auch eine Anzahl römisch-rechtlicher Beispiele, die die Haftung positiv normieren, für die auf den Abschnitt II des Leonhardtschen Buches verwiesen werden kann. Auch für die einzelnen Fälle, die nach Leonhardt die Annahme einer Vertragsschlußhaftung erforderlich machen, kann unmittelbar auf ihn verwiesen werden, da ja der hier den Ausgangspunkt bildende Fall gerade das Bedürfnis der von Leonhardt bejahten Haftung ersichtlich gemacht hat. Der dritte von Leonhardt geführte Beweis hat die Analogie anderer Gesetzesvorschriften zur Grundlage: Wenn der Schuldner für seine Schuld bei der Vertragserfüllung hafte, so müsse er auch für sein Verschulden beim Vertragsschlusse haften, da beide Fälle praktisch einander gleichständen. Leonhardt hat ganz recht, wenn er sagt, es mache keinen Unterschied, ob der Verkäufer sorglos mangelhafte Ware liefere oder verkaufe. Und ihre theoretische Identität begründet er mit der Frage: weshalb bei der Erfüllung

[1]) S. 5 a. a. O.

gehaftet werde? Antworte man: wegen des Verschuldens, so sähe man nur die Hälfte. Leonhardt weist hier auf das hin, was hier schon an verschiedenen Stellen betont wurde: Voraussetzung jeder Haftung ist neben dem Verschulden die Verletzung der Pflicht ordnungsmäßiger Erfüllung. Diese Pflicht der Ordnungsmäßigkeit, der Sorgfalt besteht aber auch beim Vertragsschlusse. „Auch in diesem Stadium müssen die Parteien eine gewisse Sorgfalt anwenden", sagt Leonhardt.[1]) Das folge aus der anerkannten Haftung für Arglist und damit hat Leonhardt wiederum recht. Denn wie sollte diese Haftung anders erklärt werden, wenn man nicht etwa — was doch ersichtlich abwegig ist — den Satz aufstellen wollte, im Stadium des Vertragsschlusses erwachse den Parteien die Pflicht, arglistiges Handeln zu meiden. Nein, ihnen erwächst die Pflicht zu sorgfältigem Handeln. Und diese Pflicht kann nicht nur arglistig, sondern auch nach den Grundsätzen der Zurechenbarkeit verletzt werden, die für die Verletzung der aus dem gewordenen Vertrage erwachsenden Pflichten festgesetzt sind. Der Grundsatz, daß Treu und Glauben zu wahren ist, gilt doch nicht nur für Rechtsbeziehungen, die zum Abschluß gelangt sind, sondern ist Dominante unseres Rechtsverkehrs und wirkt schon im Stadium des Vertragsschlusses, der doch ein auf Schaffung neuer rechtlicher Tatbestände abzielender Verkehr ist. Wenn also das Gesetz auch ausdrücklich eine

---

[1]) a. a. O. S. 44.

solche Haftung nicht ausspricht, so wird man diese Haftung, die geschichtlich begründet ist, vom Rechtsverkehre gefordert wird und durch Analogie erreichbar ist, sicher dann ohne Bedenken annehmen können, wenn ein durchschlagendes Gegenargument, wie es tatsächlich der Fall ist, nicht aufzuzeigen ist.

Die Voraussetzung dieser Haftung ist aber naturgemäß das Zustandekommen eines gültigen Vertrages. Sie ist ja nicht etwa Haftung für unerlaubte Handlung,[1]) sondern Vertragshaftung. „Erst dadurch, daß ein Vertrag zustande kommt — sagt Leonhardt — erwächst den Parteien die Pflicht, für ihr Verhalten einzustehen. Wenn der Vertrag scheitert, ist jeder Anspruch erledigt. Kommt er nicht zum Abschlusse, so fehlt es, wie Leonhardt richtig sagt, an dem Moment, das die Parteien zu besonderer Aufmerksamkeit veranlaßt und verpflichtet." Es erwächst erst daraus, daß eine Einigung gültig zustande kommt.

Weiter ist eine Rechtswidrigkeit, und zwar eine schuldhafte, d. h. eine zurechenbare Rechtswidrigkeit erforderlich. Die Frage nach dem Maße der Zurechenbarkeit beantwortet sich naturgemäß aus dem tatsächlich abgeschlossenen Vertrage. D. h. die Haftung für Sorgfalt beim Vertragsschluß geht nicht weiter, als die Haftung für Sorgfalt in der Erfüllung. Aber auch ebensoweit.

---

[1]) vgl. hierzu Leonhardts Ausführungen gegen das RG. a. a. O. S. 44 ff.

Für das Erfordernis der Rechtswidrigkeit wird mit Leonhardt auch eine Einschränkung zu machen sein. Die Verpflichtung zur Sorgfalt kann nicht so weit gehen, jedem Kontrahenten die Sorge dafür aufzuerlegen, daß der Gegner zu seinem Rechte kommt. Bezeichnet man die Pflicht, die den Verhandelnden erwächst, als das was sie tatsächlich ist, als Treuepflicht, so ist rechtswidrig jedes Handeln oder Unterlassen, das in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise in die Rechtssphäre des Gegners eingreift und seine Rechtsstellung im Zeitpunkt des abgeschlossenen Vertrages entsprechend verschlechtert hat.

Man wird also, um zum Ausgangspunkt zurückzukehren, nicht schlechthin sagen können, daß dem Versicherungsnehmer im Zeitpunkte der Verhandlungen eine selbständige Pflicht zu ordnungsmäßigen Anzeigen erwachse. Wohl aber erwächst ihm die Treuepflicht des Vertragsschließenden, die er schuldhaft verletzt hat, wenn er im Zeitpunkt eines rechtsgültigen Abschlusses des Versicherungsvertrages Anzeigen, die zu erstatten waren, schuldhaft nicht oder nicht gehörig erstattet hat.

Eine andere Frage ist die, ob der Versicherungssuchende auch für ein Verschulden seiner Gehilfen haftet.[1]) Der § 278 bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf

---

[1]) Der Verfasser ist sich klar, daß die folgenden Ausführungen eigentlich im Zusammenhange des 3. Abschnittes zu besprechen wären, bringt sie aber schon hier, um den Zusammenhang, der durch die Theorie Leonhardts gegeben ist, nicht zu unterbrechen.

Erfüllungsverschulden. Leonhardt sagt nun ganz konsequent, daß das Gesetz, das sich über eine Abschlußschuld ausschweige, nicht gut eine Haftung für Abschlußverschulden eines Gehilfen statuieren konnte. Es ist aber nur konsequent, wenn man, da neben der eigenen Erfüllungsschuld, für die von Gehilfen gehaftet wird, mit der Bejahung der eigenen Haftung für Abschlußverschulden auch eine Haftung für fremdes Abschlußevrschulden bejaht. Für das Versicherungsrecht ergeben sich hier aber Besonderheiten durch die positive Vorschrift des § 19 VVG. Nicht getroffen wird von ihm nur der Fall, daß der Versicherungsnehmer mit der Erstattung der Anzeigen einen andern betraut, den eigentlichen Abschluß des Vertrages aber selbst vornimmt. Wird nun eine Sorgfalt des Versicherungsnehmers dahin angenommen, daß er zur Erstattung der geforderten Anzeigen verpflichtet ist, so würde die analoge Anwendung des § 278 auf ein Abschlußverschulden Dritter den Versicherungsnehmer bei Verletzung der Anzeigepflicht durch den mit ihrer Erfüllung betrauten Dritten nach abgeschlossenem Vertrage so haftbar machen, als fiele ihm dies Verschulden selbst zur Last.

Dieser Fall wird ja seltener sein gegenüber dem, daß der Vertrag durch einen Dritten abgeschlossen wird. Hier gilt, wie gesagt, der § 19 VVG. Unabhängig von diesem Paragraphen würde nach den aufgestellten Grundsätzen der Versicherungsnehmer für ein Abschlußverschulden eines den Versicherungsvertrag schließenden Bevollmächtigten oder Vertreters dann zu haften haben, wenn dieser

Anzeigen schuldhaft nicht oder unrichtig erstattet. Es würden also, den § 19 VVG. hinweggedacht, die Verwirkungsfolgen verletzter Anzeigepflicht dann nicht eintreten, wenn diese Anzeigepflicht zwar objektiv, aber nicht in einer dem Dritten zurechenbaren Weise verletzt ist. Der § 19 bestimmt nun, daß der Nichteintritt der Verwirkungsfolge nicht nur daran geknüpft ist, daß nicht nur den Abschließenden ein Verschulden nicht trifft, sondern auch den Versicherungsnehmer nicht. Es genügt also zum Eintritt der Verwirkungsfolge beim Abschlusse des Versicherungsvertrages durch Dritte, daß durch das Verschulden nur eines, des Versicherungsnehmers oder des eigentlich Abschließenden, die Anzeige einer erheblichen Tatsache gar nicht oder unrichtig gemacht ist. Der § 19 VVG. ist mithin eine Umformung des § 166 Abs. 2 für das Versicherungsrecht, die, ohne die dort gegebenen besonderen Voraussetzungen, seine Grundsätze allgemein auf Bevollmächtigte und Vertreter ausdehnt und die für den Vertreter im ersten Absatze des Paragraphen aufgestellten Normen der Repräsentationstheorie zum Ziele eines möglichst weitgehenden Schutzes des Versicherers durchbricht.

bb) Die Vorschriften, die eine Beschränkung des Risikos bezwecken.

In dem Pflichtenkreis, der eine Beschränkung des durch den Versicherer übernommenen Risikos zum Zwecke hat, sind zu unterscheiden: Einmal die generellen Vor-

schriften, die dem Versicherungsnehmer die Vornahme gefahrerhöhender Handlungen ohne Einwilligung des Versicherers untersagen. Dann die vom Versicherungsnehmer spezialisiert übernommenen Pflichten zur Vornahme gefahrmindernder Handlungen und zur Unterlassung gefahrerhöhender Handlungen. Der Zwang zu dieser Trennung ergibt sich aus dem Gesichtspunkt, daß § 23 Abs. 1 Gefahrerhöhungen und was ihnen gleichsteht nicht als solche verbietet, sondern nur ihre einwilligungslose Vornahme, während § 32 von bedingungslos übernommenen „bestimmten" Verpflichtungen spricht. Der Hinweis auf diese Unterscheidung erscheint mir aus folgenden Gründen wesentlich.

Es kann m. E. nicht behauptet werden, daß die nach der Fassung des § 33 Abs. 1 in der Form der Verbotes gekleidete Verpflichtung zur Unterlassung gefahrerhöhender Handlungen dahin verstanden werden soll, daß der Versicherungsnehmer mit Abschluß des Vertrages generell zur Unterlassung von Handlungen verpflichtet sein soll, die eine Vergrößerung des Versicherungsrisikos bedeuten. Dagegen sprechen sowohl der Hinweis Brodmanns[1]) in seinem schon herangezogenen ausgezeichneten Aufsatze: „. . . daß der Versicherungsnehmer seine Rechtslage, abgesehen von der Beschaffung der Gegenleistung, stärken — nicht schwächen — will" . . . als auch allgemeine rechtliche Gesichtspunkte. Es kann m. E. aus dem Abschluß des

---

[1]) Brodmann a. a. O. S. 272.

Versicherungsvertrages nicht eine generelle obligatorische Verpflichtung zur Unterlassung von Handlungen hergeleitet werden; eine Verpflichtung, die in einem zur Zeit des Vertragsabschlusses unvoraussehbarem Umfange die wirtschaftliche und persönliche Ellenbogenfreiheit des Versicherungsnehmers anzutasten geeignet ist. Ich glaube, man setzt sich mit dem Sinn der Vorschrift in Widerspruch, wenn man ihren Verpflichtungscharakter auf einen a priori normierten bedingungslosen Zwangsverzicht auf jede gefahrerhöhende Handlung abstellt. Darauf kann der Versicherer keinen Anspruch haben; das hieße den mit dieser Vorschrift gewollten Schutz des Versicherers überspannen, der zunächst doch nur dahin geht, ihm eine ständige Beurteilungsmöglichkeit des übernommenen Risikos zu verschaffen. Darum gibt das Gesetz mit dem Recht auf Beschaffung seiner Einwilligung ihm zunächst die Möglichkeit der Orientierung über die Art der vom Versicherungsnehmer gewollten Gefahrerhöhung und, in der Möglichkeit seine Einwilligung zu verweigern, die in seinem Interesse gebotene Beschränkung seines Risikos. Daß das der Sinn der Vorschrift ist, ergibt sich aus ihrem Abs. 2, der für den Fall einer einwilligungslos vorgenommenen, sich nachträglich als eine Gefahrerhöhung darstellenden Änderung nicht gleich Verwirkungsfolgen eintreten läßt, sondern dem Versicherungsnehmer nur eine Anzeigepflicht auferlegt, die dem Versicherer nachträglich die Beurteilungsmöglichkeit seines neuen Risikos eröffnet und ihn instand setzt, die Änderung zu genehmigen oder nicht. Daraus

scheint mir zu folgen, daß der Versicherer zunächst nur einen Anspruch auf die Nachsuchung der Einwilligung hat. Erst aus ihrer Verweigerung erwächst wirklich dem Versicherungsnehmer die Verpflichtung zur Unterlassung der Einzelhandlung, für die die Einwilligung nachgesucht wird. Die fragliche Vorschrift so auszulegen, scheint mir um deswillen geboten, weil es einmal ein Unding sein dürfte, dem Versicherungsnehmer die Unterlassung gefahrerhöhender Handlungen zur generellen Rechtspflicht zu machen, während von einer solchen Pflicht hinsichtlich der Herbeiführung des Versicherungsfalles, der gegenüber die Gefahrerhöhung doch sicherlich das Minus in der Verschlechterung der Stellung des Versicherers ist, nicht die Rede sein soll, wie herrschende Lehre ist. Und dann würde, wenn die Vornahme einer Gefahrerhöhung als solche verboten wäre, die Einwilligung eine reine Farce sein. Denn dem gegebenenfalls berechtigten Verlangen auf Erteilung der Einwilligung (deren Verweigerung sich doch als Rechtsmißbrauch und dann mindestens als positive Vertragsverletzung darstellen würde) würde sonst der Versicherer entgegenhalten können: „Du darfst überhaupt keine gefahrerhöhenden Handlungen vornehmen, also kommt es auf meine Einwilligung gar nicht an!“ Damit wäre aber die Einwilligung in ihrer Wirkungsmöglichkeit aufgehoben und zur reinen Form herabgedrückt und der Sinn der Vorschrift verkehrt.

Mir scheint sich daraus folgendes zu ergeben: Der Versicherungsnehmer ist zunächst verpflichtet, für gefahr=

erhöhende Änderungen die Einwilligung des Versicherers nachzusuchen. Diese Pflicht ist eine Rechtspflicht, wie die Anzeigepflicht. Sie verletzt er schuldhaft, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig eine Gefahrerhöhung vornimmt, ohne vorher die erforderliche Einwilligung nachzusuchen. Wird aber die nachgesuchte Einwilligung begründet verweigert, dann erwächst ihm die Pflicht der Nichtvornahme selbst. Dann liegen die Dinge nicht anders, als wenn er wie in den Fällen des § 33 sich von vornherein einer Verpflichtung zur Nichtvornahme der nichtgenehmigten Handlung — einer bestimmten Handlung nunmehr unterworfen hätte. Denn hier im § 32 handelt es sich von vornherein um bestimmte Beschränkungen der Freiheit persönlichen Handelns, die doch anders zu bewerten sind als die von der herrschenden Lehre angenommene generelle Beschränkung. Die freiwillige Unterwerfung unter gewisse präzisierte Beschränkungen erzeugt entsprechende Pflichten. Die Annahme einer generellen Verpflichtung zur Nichtvornahme gefahrerhöhender Handlungen will mir bedenklich scheinen.

Es kann also mit der Feststellung geschlossen werden, daß sowohl aus § 32 wie § 23 dem Versicherungsnehmer Rechtspflichten erwachsen. Auch in Hinsicht ihrer Erfüllung ist er Schuldner des Versicherers.

cc) Die übrigen Pflichten.

Auf sie braucht im einzelnen nicht näher eingegangen zu werden. Soweit sie sich auf die pflegliche Behandlung

des versicherten Gegenstandes beziehen, hat für sie das zu gelten, was zu § 32 ausgeführt. Im übrigen hat für sie, soweit sie Anzeige- und Mitteilungspflichten sind, das zu ihnen Gesagte zu gelten, soweit sie die Nachsuchung einer Einwilligung vom Versicherungsnehmer fordern, das zu § 33 Ausgeführte. Eine besondere Behandlung verdienen nur die nach Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllenden Obliegenheiten. Das sind die Pflicht zur Abwendung weiteren Schadens, die Pflicht, den Tatbestand nicht zu verdunkeln, endlich die Pflicht zur Erteilung von Auskünften und Belegen.

Die letzte Pflicht scheint mir, wie auch allgemein angenommen wird, auf demselben Boden wie die Anzeigepflicht zu stehen. Deshalb sieht die herrschende Lehre, wie dort auch, in ihr nur eine Voraussetzung zur Erhaltung des Versicherungsanspruches. Hinsichtlich ihrer kann also auch auf das zu den Anzeigepflichten Gesagte verwiesen werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb dem dem Versicherer zugestandenen Recht auf Auskunft und Belege nicht auch eine Rechtspflicht zu ihrer Erteilung korrespondieren sollte.

Für den § 92, die Pflicht zur Nichtvornahme von Änderungen ohne Einwilligung des Versicherers, hat wiederum das zu § 23 Gesagte Anwendung zu finden.

Die Verpflichtung zur Abwendung weiteren Schadens wird wegen ihrer Wesensähnlichkeit mit dem § 61 mit diesem zusammen zu besprechen sein.

b) Obliegenheiten, deren Erfüllung im freien Belieben des Versicherungsnehmers steht.

aa) Die Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles.

Mit dem Eintritt in diese Frage gelangen wir zu dem schwerwiegendsten Streitpunkt der ganzen bisherigen Kontroverse. Die verschiedenartigsten Auffassungen stehen nebeneinander, alle aber darin gleich, daß nicht immer ganz exakte juristische Beweisführung sie leitet, sondern daß nach dem jeweilig gearteten Rechtsempfinden das beweisbedürftig Scheinende: Bejahung oder Verneinung der Fremdhaftung bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles aus den in Betracht kommenden Vorschriften abgeleitet wird. Daran trägt aber, soweit ich sehe, nur die Lücke in der Kodifikation Schuld, die durch vorsichtige Formulierung verschiedenartige Auffassungen zuzulassen scheint. Wenigstens würde von keiner der vorgetragenen Lehrmeinungen gesagt werden können, daß sie sich irgendwie mit dem Wortsinn der Vorschrift in Widerspruch setze.

Die Frage, die hier zur Diskussion steht, ist die, ob der Sinn des § 61, der den Versicherer leistungsfrei stellt, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall schuldhaft herbeiführt, dem Versicherungsnehmer eine Verpflichtung zu einem dahinzielenden Unterlassen auferlegt, die eine Anwendung des § 278 BGB. gestattet, oder — ob nicht.

Geht man vom Wortlaut der Vorschrift aus, so ist zu sagen, daß er keinen Anhalt für die Annahme

einer auf die Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles zielenden Verbindlichkeit gewährt. Kleidet das Gesetz doch die Verwirkungsfolgen in die Form der Abhängigkeit von einer Bedingung, ohne, wie schon an anderer Stelle gesagt wurde, zum Ausdruck zu bringen, daß es den Nichteintritt der Bedingung dem Versicherungsnehmer zur Pflicht machen wolle.

Die herrschende Lehre, wenn überhaupt hier von einer herrschenden Lehre gesprochen werden kann, lehnt dann auch die Annahme einer Verbindlichkeit zur Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles ab. So der Hager-Behrendsche Kommentar, so Schneider, Josef und Gierke.

Gierke[1]): „Man wird Bedenken tragen müssen, eine an sich zum Schadensersatz verpflichtende Verbindlichkeit, den Versicherungsfall nicht herbeizuführen, anzunehmen".

Josef[2]): „... denn der Versicherungsnehmer hat keine Pflicht, keine ‚Verbindlichkeit', sich der schuldhaften Verursachung des Brandes (überhaupt des Versicherungsfalles) zu enthalten ..."

Schneider[3]): „Es soll doch kein leichter Schritt sein, aus der im § 61 enthaltenen Androhung eines Rechtsverlustes bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles eine Pflicht zur Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles zu bilden und dann dafür Erfüllungsgehilfen zu haben".

---

[1]) Gierke a. a. O. S. 738.

[2]) Josef in JheringsJ. Bd. 55 S. 260.

[3]) Schneider in LZ. Bd. 4, 2 S. 104.

Anderer Meinung ist Brodmann.[1]) Er meint, daß die Stellung der Parteien im Versicherungsvertrage weitgehende Analogien zu der der Parteien im Mietvertrage biete. Im Mietvertrage ergäbe sich aus der Verpflichtung, die Mietsache im überkommenen Zustande zurückzugeben, „jene aus dem Vertrage fließende kontinuierliche Verpflichtung sorgfältigen Verfahrens, oder schärfer ausgedrückt: jene Verpflichtung zur Sorgfältigkeit im Verfahren, die bewußt und willig durch den Vertragsabschluß übernommen werde". Im Versicherungsvertrage werde nun zwar nicht dem Versicherungsnehmer die Verpflichtung auferlegt, nach Abschluß des Versicherungsvertrages mit seinem Eigentume „hübsch behutsam" umzugehen. Doch aber müsse der Versicherer davor geschützt sein, daß der Versicherungsnehmer sich durch Zahlung der Prämie so gesichert wähnt, daß er mit seinem Eigentume anders umgehe, als bei Fehlen der Versicherung sein „eigenes, wohlverstandenes Interesse" ihm gebieten würde zu tun. Dieser Sachverhalt nimmt nun nach Brodmann in der „Technik des Rechtes" die Gestalt einer gewissen Gebundenheit des Versicherungsnehmers im Verhalten zu seinen eigenen, versicherten Sachen an: „Er übernimmt eine vertragsmäßige Verbindlichkeit in dieser Richtung".

Schneider und Josef kommen mit der Verneinung einer auf die Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles gerichteten Verbindlichkeit auch zu einer

---

[1]) Brodmann a. a. O. S. 272.

Verneinung einer Anwendbarkeit des § 278. Gierke hält auch den § 278 nicht unmittelbar für anwendbar, wohl aber auf dem Umwege über § 254 BGB. Andere, wie der Kommentar von Gerhard-Manes, konstruieren einen Begriff der Versicherungstreue, die mit der Herbeiführung des Versicherungsfalles schuldhaft verletzt werde.

Darauf wird im einzelnen noch eingegangen werden müssen. Die Dinge mußten hier aber einmal gestreift werden, um zu zeigen, wie wenig einheitlich die Frage der Fremdhaftung in der Herbeiführung des Versicherungsfalles gelöst worden ist. Die Lösungen überzeugen auch nicht recht, weil sie doch, zum Teil wenigstens, ein wenig konstruktionell anmuten. Ganz frei von jeder Konstruktion ist eigentlich nur der Standpunkt Schneiders und Josefs. Aber ich glaube, daß dieser offenbare Vorzug erkauft ist um den Preis eines nur bedingt wünschenswerten Ergebnisses. Denn die strikte Ablehnung der Fremdhaftung im Rahmen des § 61 VVG. kann nicht wünschenswert sein. Die Voraussetzung, von der sie ausgehen, dürfte jedoch richtig sein. Und Brodmann, der gegen sie polemisiert, tut das eigentlich m. E. mit Gründen, die ihn selbst schlagen können. Er findet die Behauptung, die Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles bedeute keine Verbindlichkeit, nicht richtiger als ihr Gegenteil. Man könnte ihm die Umkehrung dieses Satzes entgegenhalten und wäre genau so weit. Nur daß für Schneider und Josef und gegen ihn der Wortlaut nicht nur, sondern auch rechtliche Bedenken sprechen.

Denn die Analogie zum Mietvertrag scheint mir gerade im entscheidenden Punkte zu versagen. Betrifft doch die dem Mieter obliegende Obhutspflicht fremdes Eigentum, die dem Versicherungsnehmer nach Brodmann obliegende Verbindlichkeit zur Obhut betrifft sein eigenes. Daß ich aber einem anderen die Erfüllung der Pflicht solle schulden können, mein rechtlich wie tatsächlich freies Eigentum anders zu gebrauchen, als mir mein eigener Wille und der lediglich öffentlichrechtliche Schutz der Gesamtheit gebieten, erscheint mir mit dem Begriff freien Eigentums nicht ganz vereinbar. Die Versicherung soll doch nicht zu einer Hypothek auf das Eigentum werden.

Auch rechtlich scheint mir die Annahme einer derartigen Verbindlichkeit nicht möglich, ohne den oben fixierten Begriff der Verbindlichkeit zu verwässern. Verbindlichkeit ist die Verbundenheit zu einem Tun, der ein Anspruch des Berechtigten auf dieses Tun gegenübersteht. Ist aber dieses sogen. Recht des Versicherers auf die Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles wirklich ein Anspruch? Klagbar, verjährbar, vollstreckbar?

Der Gesetzgeber hat, wie mir scheinen will, selbst nicht den Willen gehabt, die Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles dem Versicherungsnehmer zur Pflicht zu machen. Dagegen spricht der Standpunkt, der anläßlich der Kommissionsberatung eingenommen wurde, wie — darauf wurde schon mehrfach hingewiesen — der Wortlaut. Es scheint mir kein anderer Grund ersichtlich, der den Gesetzgeber hätte veranlassen können, im Gegen-

satz zu seiner sonst gewählten Formulierung hier jede Andeutung zu vermeiden, die für die Auferlegung einer Rechtspflicht sprechen könnte.

Der Gesetzgeber hat vielmehr eine Formulierung gewählt, die dem Wesen der Sache und der Bedeutung, die der Eintritt des Versicherungsfalles im Rahmen des Versicherungsvertrages hat, am klarsten gerecht wird. Der Versicherungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, dessen eine Leistung, die Prämie, unbedingt geschuldet wird, die andere, die Leistung des Versicherers, erst nach Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses. Der Versicherungsvertrag ist also, soweit die Leistung des Versicherers in Betracht kommt, ein suspensiv befristeter. Die Bedingungen sind bei den einzelnen Versicherungsarten verschiedener Rechtsnatur, kasuelle, wie bei der Hagelversicherung z. B., gemischte, d. h. kasuelle und potestative bei anderen, wie z. B. bei der Feuerversicherung. Eine Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer ist aber nur bei Versicherungen denkbar, die von Bedingungen der letzteren Art abhängig sind, d. h. wo die Herbeiführung der Bedingung durch den Versicherungsnehmer möglich ist. Die Herbeiführung der Bedingung durch den bedingt Berechtigten ist aber, wenn sie wider Treu und Glauben geschieht, so anzusehen, als wenn der Eintritt der Bedingung nicht erfolgt sei. Der § 61 VVG. ist mithin nichts weiter als eine auf das Versicherungsrecht zugeschnittene Spezialisierung des § 162 Abs. 2 BGB., der die Konsequenz des fingierten

Nichteintrittes der Bedingung im allgemeinen normiert. Damit erweitert sich die Frage nach der Fremdhaftung in Hinsicht auf die Herbeiführung des Versicherungsfalles zu der allgemeineren, ob die Herbeiführung einer Bedingung wider Treu und Glauben durch Dritte sich nach den Grundsätzen des § 278 normiert, oder ob sonst eine Möglichkeit besteht, die schuldhafte Herbeiführung durch Dritte (zugunsten des bedingt Berechtigten?) dem Versicherungsnehmer zuzurechnen.

Hier liegt auch der grundlegende Unterschied zu den übrigen Pflichten. Selbst wenn man sich auf den hier schon abgelehnten Standpunkt stellen könnte, daß auch sie nur „Bedingungen" seien, so sind sie immer nur Bedingungen zur Erhaltung des Versicherungsanspruches, nicht aber zu seiner Entstehung. Und deshalb ist es, glaube ich, auch nur bedingt richtig, wenn Gierke im Gegensatze zu Josef meint, die Rechtsnatur der §§ 61, 62 sei die gleiche. Der § 62 scheint mir mit dem eigentlichen Vertragszweck gar nichts zu tun zu haben. Er verlangt doch nur von dem Versicherungsnehmer ein bestimmtes Verhalten, nachdem die Bedingung, von der die Verwirklichung des Vertragszweckes abhängt, eingetreten ist. Der Vertragszweck ist aber der Sicherungszweck. Deshalb kann doch lediglich der § 61 hinsichtlich der Fremdhaftung nach dem gewollten Sicherungszwecke beurteilt werden. Der Hinweis Gierkes und Brodmanns auf den Sicherungszweck wäre vielleicht in dieser Richtung einzuschränken.

Auch darauf wird noch zurückzukommen sein.

bb) Die übrigen Pflichten dieser Art.

Hier ist wohl lediglich auf die Vorschrift des § 12 VVG. hinzuweisen. Mit der herrschenden Lehre, die wirklich auf allgemeinster Übereinstimmung beruht, wird anzunehmen sein, daß eine Verbindlichkeit zur Klagerhebung abzulehnen ist. Auch eine Pflicht des Versicherungsnehmers für den Fall, daß er Klage erheben will, die im Vertrage gesetzte Frist zu wahren, wird zu verneinen sein. Die Rechtzeitigkeit der Klagerhebung ist angesichts des Präklusivcharakters der für sie gesetzten Frist lediglich Bedingung für die Geltendmachung des Versicherungsanspruches. Als Pflicht im Rechtssinne wird sie nicht anzusprechen sein. Damit verbietet sich auch ihre Unterordnung unter den § 6 VVG.

Die Pflichten des Versicherungsnehmers unterfallen mithin alle dem § 6 VVG. mit den kleinen Vorbehalten und Modifikationen, die sich aus dem zu den §§ 12 und 23 Gesagten ergeben. Außerhalb des Geltungskreises des § 6 steht, von ihnen abgesehen, nur „die Verbindlichkeit der Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles“.

Es entsteht die Frage: Sind diese Obliegenheiten Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 BGB.? Und wenn ja, steht seiner Anwendung irgendein Gesichtspunkt entgegen, der sich aus der besonderen Natur des Versicherungsrechtes ergeben könnte.

Dritter Abschnitt.

Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf die einzelnen Obliegenheiten des Versicherungsnehmers.

Der im voraufgegangenen unternommene Versuch, die „Pflichten“ des Versicherungsnehmers als Leistungsverbundenheiten zu einem Tun oder Unterlassen nachzuweisen, mithin als Schuldverhältnisse in dem oben umgrenzten engeren Sinne, enthält eigentlich schon die Antwort auf die Frage, wie das Verhältnis des § 278 BGB. zu diesen Obliegenheiten aufzufassen ist. Nach der hier zugrunde gelegten Auffassung ist seine Anwendbarkeit bei allen Obliegenheiten zu bejahen, die in den Kreis des im § 6 VVG. Umgrenzten fallen. Er umfaßt aber, wie nachzuweisen versucht wurde, alle „Pflichten“ des Versicherungsnehmers, mit Ausnahme der auf S. 51 genannten und der Pflicht „zur Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles“. Insoweit folge ich dem Ergebnisse der Deduktionen von Brodmann und Josef. Die weitere Frage ist nun die, ob die damit bejahte Haftung des Versicherungsnehmers für das Verschulden des im § 278 BGB. normierten Personenkreises sich zu der rechtlichen und vor allem wirtschaftlichen Idee des Versicherungsrechtes in Widerspruch setzt.

Daß das so ist, darf wohl als allgemein herrschende Auffassung angesehen werden. In eine Kritik dieser Auffassung soll aber vorderhand nicht eingetreten werden, sondern es mögen vorerst in kurzen Strichen die Wege angedeutet werden, die die einzelnen Autoren zum Ziele einer Einschränkung der Fremdhaftung gegangen sind.

Übereinstimmend werden die Prinzipien dieser Einschränkung aus der Rechtsnatur des § 278 BGB. gewonnen. In die Dogmatik dieser Vorschrift wird im folgenden einzutreten sein, allerdings nur insoweit, als sie mit dem Rechtscharakter der „Pflichten" des Versicherungsnehmers in Beziehung steht.

1. Zur Dogmatik des § 278 BGB. unter besonderer Berücksichtigung des Rechtscharakters der Pflichten des Versicherungsnehmers.

Hier wird zunächst in eine Würdigung der verschiedenen Auffassungen einzutreten sein, die zur Theorie des § 278 vom versicherungsrechtlichen Standpunkte entwickelt sind.

Vorher bedarf es aber eines kurzen Hinweises auf die Lehre Schneiders, der, wie schon an anderer Stelle ausgeführt wurde, die Fremdhaftung im Versicherungsrecht nicht nur aus seinem Selbstverschuldungsprinzipe verneint, sondern auch aus der Natur des § 278 BGB., vom Versicherungsrechte ganz unabhängig. Schneider will nämlich eine Erfüllungshandlung im

Sinne des § 278 nur dort als gegeben zulassen, wo die Erfüllung sich auf die Übermittlung einer vermögenswerten Leistung an den Erfüllungsberechtigten bezieht. Das scheint mir zu eng. Der § 278 bezieht sich auf Erfüllungshandlungen des Schuldners. Schuldner ist aber nach § 241 BGB. jeder, der zu einer Leistung an einen anderen auf Grund eines Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Inhalt eines Schuldverhältnisses kann aber nach allgemeiner Rechtsauffassung jede rechtlich schützbare Leistung sein. Es ist nicht erforderlich, daß die Leistung einen Vermögenswert hat. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb der § 278 unter dem Begriffe des Schuldners nur den zu einer vermögenswerten Leistung Verpflichteten solle verstehen wollen. Engt aber Schneider den Begriff der Erfüllungshandlung ein auf die Übermittlung einer vermögenswerten Leistung, so engt er den Begriff des Schuldners entsprechend ein. Denn die Bezeichnung als „Schuldner" bezieht sich im Rahmen des § 278 doch gerade und lediglich auf die Verbindlichkeit, die er durch einen anderen erfüllt. Nicht dagegen ist sie nur gedacht als auf ein allgemeines Verhältnis der Gebundenheit deutend. Zu der Schneiderschen Einengung besteht m. E. weder Recht noch Grund.

Die herrschende Lehre erkennt dagegen grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 278 im Versicherungsrecht an. Die ihr erforderlich scheinende Einschränkung gewinnt sie nun aber nicht aus der allgemeinen Natur des § 278 heraus und einer auch außerhalb des Versicherungs-

rechtes gültigen Zurückführung seiner rechtlichen Idee, sondern aus einer einengenden Umgrenzung des Personenkreises, für den gehaftet werden soll. Die Gesichtspunkte, die für diese Umgrenzung maßgebend waren, haben ihren Niederschlag in der sogen. Repräsentantenhaftung gefunden. Darunter soll verstanden werden die Haftung für jeden Dritten, der auf Grund eines Vertretungs- oder anderen Verhältnisses an der Stelle des Versicherungsnehmers steht. Oder, wie der Hager-Behrendsche Kommentar es bezeichnet: „Haftung für das Verhalten der Personen, denen der Versicherungsnehmer die Verwaltung desjenigen Vermögens übergeben hat, an welches sich das versicherte Interesse knüpft". Unter Vermögensverwaltung wird in diesem Zusammenhange verstanden: Benutzung und Bewachung des versicherten Gegenstandes mit der einschränkenden Maßgabe, daß die aufgetragene Bewachung und Benutzung eine selbständige sein muß. Diese Idee der „Repräsentantenhaftung" ist Grundlage unserer Judikatur geworden und in mannigfachen Entscheidungen zum Kriterium der Frage gemacht worden, wieweit der Versicherungsnehmer für das Verschulden dritter Personen einzustehen habe.[1])

Ich finde diese Theorie nicht so ganz überzeugend. Vor allem nach den von Brodmann gegen sie geltend gemachten Bedenken. Sie scheint mir vielmehr einem

---

[1]) N. 6 zu § 6 VVG.

[2]) Gierke a. a. O.

doppelten Einwande ausgesetzt: Einmal entbehrt sie jedes Anhaltes im Gesetze. Denn diese Beschränkung des Personenkreises, für den gehaftet werden soll, würde doch nur dann den Wert allgemeiner Gültigkeit haben können, wenn sie nicht nur Ergebnis der besonderen Bedürfnisse des Versicherungsrechtes wäre, sondern unmittelbar gewolltes Ergebnis der Rechtsidee des § 278 überhaupt. Das weitere Bedenken wird sich aber dagegen erheben, daß mit ihr zu wenig erreicht ist, als daß sie das Maß rechtlicher Willkürlichkeit, die ihr nun doch wohl nicht ganz abgesprochen werden kann, in jeder Hinsicht rechtfertigen könnte. Denn im Grunde setzt die Repräsentationstheorie nur eine Frage an Stelle der andern. Statt der Frage: Unterfällt ein bestimmter Dritter, der eine bestimmte Obliegenheit des Versicherungsnehmers schuldhaft verletzt hat, dem Personenkreise des § 278 BGB.? die Frage: Steht dieser Dritte im Bereiche seines Handelns an der Stelle des Versicherungsnehmers oder nicht?

Mit dieser Fragenvertauschung wäre höchstens gewonnen, daß sich diese neue Frage weniger aus rechtlichen, als verkehrstechnischen Gesichtspunkten beantwortet. Darin liegt aber zugleich die Gefahr. Denn ein sicherer Maßstab dafür, wer nach den Anschauungen des Verkehrs an Stelle des Versicherungsnehmers steht und wer nicht, hat sich bisher nicht entwickelt und wird sich kaum entwickeln. Damit ist aber einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit Tür und Tor geöffnet. Brodmann[1]) hat

[1]) Brodmann a. a. O. S. 264.

ganz recht, wenn er sich zu der Gegenfrage genötigt sieht: „Was heißt es denn, daß jemand an die Stelle eines anderen tritt. Erst muß ich wissen, was damit gemeint ist, ehe ich in der Lage bin zu prüfen, ob die Anschauung des Verkehrs dahin geht, es zu bejahen oder zu verneinen".

Aus der Erkenntnis der unzureichenden Hilfe, die die Repräsentationstheorie (wie auch die Lösungsversuche Schneiders und Josefs nach seiner Anschauung) für die Lösung unserer Frage gewährt, hat Brodmann den Versuch einer grundsätzlichen Einschränkung der Bedeutung des § 278 gemacht. Grundsätzlich in dem engeren Sinne der Herausstellung der Rechtsidee des Paragraphen, grundsätzlich aber auch in dem umfassenderen einer nach ganz neuen Gesichtspunkten orientierten Rechtsbetrachtung. Das tritt bei Brodmann freilich nicht so klar zutage. Wenigstens wird nicht erkennbar, wieweit die von ihm geübte Betrachtungsweise sich zum Range einer ganz generellen Methode der Rechtsbetrachtung erheben soll. Das Methodische dieser — von ihm soziologisch genannten — Rechtsbetrachtung hat erst in allerjüngster Zeit Wüstendörfer in einem Aufsatze: „Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung"[1] auf breitester Basis zur Darstellung gebracht. Ihm kommt auch vor Brodmann das Verdienst zu, aus der Erkennt-

[1] ArchZivPrax. Bd. 110 S. 219 ff.

nis der soziologischen Funktion des § 278 das Problem des Paragraphen „frei von dem Wust von abstrusen Formalismen und scholastischen Haarspaltereien" in Angriff genommen zu haben. In seinen Studien zur Entwicklung des modernen Seefrachtvertrages hat er den Ausgangspunkt gewiesen für den Weg, auf dem das „immanente Prinzip" des § 278 aufdeckbar sei. Wüstendörfer wies schon damals auf die Veränderung der Arbeitsorganisation hin, auf die Zurückdrängung des Kleinunternehmens durch den kapitalistisch organisierten Großbetrieb. Die mit der fortschreitenden „Arbeitsteilung wachsende Summe und wachsende räumliche Entfernung der Beziehungen von Wirtschaftseinheit zu Wirtschaftseinheit" darf, wie er dort ausgeführt hat, nicht dazu führen, daß der, der „sich einem arbeitsteilig organisierten Unternehmen anvertraut", schlechter gestellt ist als der, der nur mit einem Kleinunternehmer zu tun hat, der sein eigener Arbeiter ist. Das ist Wüstendörfers Grundforderung, die aus der Erkenntnis gestellt wird, daß der § 278 die soziale Funktion des Ausgleiches dafür hat, daß mit der Vermehrung der einzelnen zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengespannten Kräfte auch die Zahl ihrer Ausstrahlungen und Auswirkungen auf fremde Rechtssphären wächst. Brodmann hat diese Grundforderung — ob in Anlehnung an Wüstendörfer oder unabhängig von ihm, steht dahin — übernommen. Auch er geht, wie Wüstendörfer, der von dem immanenten Prinzip des § 278 spricht, davon aus,

daß lediglich die Aufdeckung des „zentralen Gesichtspunktes“, der „Idee“ der Norm die Gründe aufklären könne, aus denen der Gesetzgeber die Ausdehnung der Haftung auf fremdes Verschulden gewollt habe. Daß diese Erweiterung der Haftung sich gerade am Werkvertrag entwickelt habe, ist ihm ein Beweis, daß gerade diese Vertragsform am ausgesprochensten jene wirtschaftlichen Entwicklungsmerkmale trage, die zur Erweiterung gezwungen haben. Die Entwicklung, die Brodmann hier im Auge hat, ist gleichfalls die von Individualarbeit zu organisierter Arbeit. Diese Zusammenfassung mehrerer einzelner Arbeitsindividuen zu organisierter Gemeinschaftsarbeit kann nun, wie Brodmann in einer wirtschaftlichen Betrachtung unterscheidet, doppelter Art sein. Sie kann sein, das „freie Zusammenwirken voneinander unabhängigen Wirtschaftsindividuen“, die eine „reine Summierung der Kräfte“ darstellen. Sie wird gekennzeichnet durch das Beispiel Brodmanns von dem Manne, der sein Frühstücksbrot verzehren will und dabei in unendlicher Folge angewiesen ist auf Milchmann, Bäcker, Landmann, Müller usw. usw. Sie ist kollektivistisch organisierte Arbeit, ohne den Zentralpunkt einer übergeordneten Zusammenfassung. Die andere Form ist die „autoritative“, die dadurch entsteht, daß ein einzelnes Wirtschaftsindividuum seine Arbeitskraft und den Rahmen ihrer wirtschaftlichen Umsetzung erweitert durch Heranziehung von Hilfskräften, die einen Teil seiner Arbeit leisten, und zwar im Rahmen seiner wirtschaft-

lichen Betätigung. Das Prototyp dieser Arbeitsorganisation ist der Meister mit seinen Gesellen und Lehrlingen.

Brodmann vertritt nun, wie schon in den einleitenden Sätzen gesagt wurde, den Standpunkt Wüstendörfers, daß die Absorption der wirtschaftlichen Leistungen anderer, die den eminenten Vorteil in sich trägt, den eigenen „wirtschaftlichen Aktionsradius" um das Quantum absorbierter Fremdarbeit zu erweitern, auch die Pflicht in sich trägt, die persönliche Verantwortung entsprechend erweitert — d. h. für die zugezogenen Hilfskräfte — zu übernehmen. Darin wird nach der vorgetragenen Ansicht das immanente Prinzip des Fremdhaftungsgedankens zu finden sein. Nun geht aber Brodmann — ob ganz mit Recht, wird noch zu untersuchen sein — noch einen Schritt weiter und sagt: Wenn auch dieser Haftungsgedanke auf alle Vertragsarten ausgedehnt ist, so darf das doch deshalb nie dazu führen, den Boden zu verlassen, auf dem dieser Gedanke gewachsen ist. Die Übertragung der Fremdhaftung aus ihrem eigentlichen Mutterboden auf andere Vertragsarten darf nie dazu verleiten, da eine Fremdhaftung zu konstruieren, wo das Verhältnis zwischen Schuldner und Erfüllungsgehilfen nicht das einer autoritativen organisierten Arbeitsteilung ist. Damit ist das positive Kriterium gegeben: Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 ist nur der unselbständige Gehilfe!

Das ist in nuce die Deduktion Brodmanns, der im ganzen sicher zu folgen ist, die — vielleicht nur in

der Formulierung — mir zu Bedenken Anlaß gibt. Der Begriff der wirtschaftlichen Selbständigkeit ist, wie schon seine Quelle, der Werkvertrag, erweisen könnte, doch zu eng. Es sind doch Kombinationen denkbar, bei denen der Schuldner Vertragspflichten durch Dritte erfüllt, ohne daß — wenigstens nicht ohne den Dingen Zwang anzutun — das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit verwandt werden könnte. Wenn ich z. B. einen Freund beauftrage, für mich ein gemietetes Buch in die Mietsbücherei zurückzutragen, und das Buch geht vor der Rücklieferung durch sein Verschulden verloren, so wird meine Haftung der Mietbücherei gegenüber aus § 278 BGB. nicht zu leugnen sein. Es würde wenigstens schwer sein, ein rechtliches Bedenken aufzufinden, aus dem die Subsummierbarkeit dieses Falles unter den § 278 BGB. so, wie sein Wortlaut nun einmal gegeben ist verneint werden müßte. Hier wird aber die Frage nach der wirtschaftlichen Selbständigkeit nicht eben gestellt werden können. Wenigstens wird nicht gesagt werden können, daß die Erteilung eines derartigen Auftrages den Beauftragten zum wirtschaftlichen abhängigen Gehilfen des Auftraggebers mache. Es darf deshalb — so sehr Brodmann auch im Prinzip recht zu geben ist, daß man bei Festlegung der Grenzen der Gehilfenhaftung nicht die aus dem Werkvertrag fließende soziologische Funktion des § 278 vergessen dürfe — doch nicht verkannt werden, daß die Beschränkung der Haftung auf die für den unselbständigen Gehilfen, gewissen, auf den Werkvertrag

nicht mehr reduzierbaren Kombinationen gegenüber versagen muß. Das kann das aufgeführte Beispiel lehren.

Man gewinnt auch, wenn man sieht, wie Brodmann seine Lehre im Rahmen der Fragen umzusetzen sucht, die den Ausgangspunkt seiner Deduktion bilden, den Eindruck, daß er mit seinem Maßstabe gelegentlich ins Gedränge kommt. Ich glaube, man kann an sich völlig auf dem Boden dieser Gedankengänge bleiben, auch wenn man diese letzte Abstellung auf den unselbständigen Gehilfen für zu eng hält. Wüstendörfer legt allem Anscheine nach den entscheidenden Wert auf die Feststellung dahin, daß die Verwendung des Gehilfen im wirtschaftlichen Sinne eine Arbeitsteilung bedeutet. Ich glaube aber, daß auch diese Feststellung nicht in allen Fällen, in denen unser Rechtsgefühl die Haftung bejaht, sich treffen lassen wird. Die Rückgabe des Buches in dem genannten Beispiele ist wohl kaum noch unter den Begriff der Arbeitsteilung im technischen Sinne zu gruppieren.

Es kommt aber noch ein Bedenken anderer Art hinzu. Stellt man, wie Brodmann, die Festlegung der Haftungsgrenzen auf den unselbständigen Gehilfen ab, so operiert man vielleicht doch zu sehr mit wirtschaftlichen Begriffen und Kriterien, wo das Interesse einheitlicher Rechtsprechung möglichst einen Maßstab rechtlicher Natur erwünscht erscheinen läßt. Und ich glaube, der ist gewonnen, wenn man die Unselbständigkeit, wie Brodmann sie fordert, in ihrer rechtlichen Bedeutung prüft. Man wird davon

ausgehen können, daß in allen Fällen, in denen der Schuldner sich zur Bewirkung einer geschuldeteu Leistung fremder Hilfskräfte bedient, dem Verhältnis zwischen Schuldner und Hilfskraft, wenn auch nicht stets eine wirtschaftliche Subordiniertheit, so doch stets eine rechtliche zugrunde liegt. Der Gehilfe ist zur Vornahme der Erfüllungshandlung, die von dem Schuldner geschuldet wird, diesem rechtlich verbunden. Beim unselbständigen Gehilfen Brodmanns, der im Regelfalle Angestellter, sonst aber wohl Gelegenheitsarbeiter oder etwas ähnliches, rechtlich aber Beauftragter ist, liegt das auf der Hand. Halten wir es aber für wünschenswert, ein rechtliches Kriterium zu finden, so würde die Feststellung, daß als Gehilfe im Sinne des § 278 nur der gilt, der dem Schuldner zur Vornahme der Erfüllungshandlung rechtlich verbunden ist, sei es auf Grund eines allgemeinen Anstellungsverhältnisses, sei es auf Grund eines besonderen Auftrages, ein Kriterium rechtlicher Art abgeben, das sowohl den unselbständigen Gehilfen wie auch Fälle nach Art des Beispieles mit dem Freunde, der das Buch zurückbringt, umfaßt. Prima facie scheint mit diesem Satz nur wenig gewonnen zu sein. Sein Wert soll auch vorwiegend in einem Negativen liegen. In der Abgrenzung gegen die Gruppe der Fälle, in denen unser Rechtsgefühl eine Haftung aus § 278 verneint, die rechtliche Erfassung dieser Verneinung und ihre Begründung aber auf Schwierigkeiten stößt. Ich glaube, daß unser Rechtsgefühl z. B. eine generelle Haftung des Mieters für seine Dienst-

boten nicht wollen wird. Sie sind zwar unselbständige Gehilfen, was, folgt man Brodmann, eine Haftung begründen würde, sobald die übrigen Voraussetzungen der Haftung gegeben sind. Und doch glaube ich eine Haftung zunächst verneinen zu dürfen, weil ihr Anstellungsvertrag als solcher die pflegliche Behandlung der Mietsache nicht umfassen wird. Allgemeiner gesagt, glaube ich: Geht man davon aus, daß der Dritte, für dessen Verschulden der Schuldner haften soll, zu ihm in einem Vertragsverhältnis stehen muß, sei es in einem festen Anstellungsverhältnis, sei es in einem auf die Erfüllung sich beziehenden besonderen Auftragsverhältnis, so wird darin vielleicht der Grund gefunden sein, warum der Schuldner nicht für Personen haftet, denen er eine Möglichkeit der Erfüllungsverletzung dadurch eröffnet hat, daß er sie mit dem Gegenstande, auf den sich die Erfüllung bezieht, in Beziehung gebracht hat. Unser Rechtsgefühl wird aber eine Haftung für Personen nicht wollen, die lediglich an den Werten teilnehmen, aus denen eine Erfüllungspflicht des Schuldners folgt, ohne daß mit dieser Teilnahme ein rechtlicher Zweck verfolgt wird.

Ich möchte meine Ausführungen dahin zusammenfassen, daß ich sage: Grundlegend bleibt für die Festlegung der Haftungsgrenzen des § 278 seine Aufgabe im sozialen Gefüge des Rechtes, wie sie von Wüstendörfer und Brodmann fixiert ist: die Aufgabe des Ausgleiches für die Vermehrung der Auswirkungen eines Arbeitsindividuums, das fremde Arbeitskräfte in dem Rahmen

seiner wirtschaftlichen Betätigung für sich arbeiten läßt. Ich glaube aber, daß der § 278 in seiner rechtlichen Fassung sowohl wie in den Normen, die aus seiner tatsächlichen Anwendung erwachsen sind, nicht nur Verhältnisse trifft, die sich sozial und wirtschaftlich im technischen Sinne als Verhältnisse geteilter Arbeit erfassen lassen, sondern auch solche des täglichen Lebens, in denen nicht nur Werkleistungen, sondern Schuldnerverpflichtungen auch nichtwerkmäßiger Art durch Dritte geleistet werden. Man wird deshalb vielleicht den stärksten Wert der Aufdeckung des immanenten Prinzipes des § 278 im ätiologischen und methodischen Momente sehen und Bedenken tragen dürfen, in diesem Prinzip einen rechtlich nie versagenden Maßstab dafür zu erblicken, welche Haftungsgrundsätze der § 278 in seiner geschichtlichen Gewordenheit festlegt. Damit rechtfertigt sich vielleicht der hier angestellte Versuch, einen rechtlichen Maßstab zu finden, der alle Möglichkeiten, die von dem zentralen Gesichtspunkt des Paragraphen gedeckt werden, umfaßt, der auch den Fällen gerecht wird, die der Paragraph seinem Wortlaute nach trifft, ohne daß ein Verhältnis arbeitsteiliger Art nachweisbar ist, und der endlich ein rechtlicher und kein wirtschaftlicher Maßstab ist.

Legt man aber zugrunde, daß die Bedienung eines andern zur Erfüllung einer Verbindlichkeit nur dann Ausgangspunkt einer Haftung nach § 278 BGB. sein kann, wenn der Gehilfe mit der Erfüllung besonders beauftragt ist, oder wenn sie ihm aus dem Pflichtenkreise

eines allgemeinen Anstellungsverhältnisses erwächst, so wird weiter eine prinzipielle Beschränkung der Haftung für Unterlassungen daraus zu folgern sein.

Es will mir begrifflich schwierig, wenn nicht unmöglich, zum wenigsten aber gekünstelt scheinen, von der Anstellung eines andern zu einer Unterlassung zu sprechen. Die mir einzig denkbaren rechtlichen Formen, in denen die Betrauung eines anderen mit einem einzelnen Erfüllungsakte geschehen kann, scheinen mir Auftrag, Werkvertrag und Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, zu sein. Sie alle setzen aber bebegrifflich die Übertragung eines positiven Tuns voraus. Der Werkvertrag hat die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, Auftrag und Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, eben die Besorgung eines bestimmten Geschäftes, zum Inhalte. Das ist der Grund, aus dem mir die Einzelübertragung einer Erfüllungshandlung unmöglich scheint, die sich in einem Unterlassen erschöpft.

Erfüllungsgenossenschaft bei Unterlassungen ist deshalb m. E. nur da möglich, wo der Dritte in die Erfüllung eines Verbindlichkeitenkomplexes eingesetzt wird, der auch Negativpflichten umfaßt. Z. B. die Tätigkeit der Einhüterin für den verreisten Mieter, also allgemeine Anstellungsverhältnisse. Soweit diese Anstellungsverhältnisse die Erfüllung von Pflichten des Anstellenden umfassen, die einem Dritten vertraglich zu leisten sind, geht die Verletzung derartiger Pflichten, gleichgültig ob positiver oder negativer Art, zu Lasten des Schuldners.

So ergibt sich:

Eine Haftung des Schuldners nach § 278 besteht nur da, wo der Schuldner den Dritten in die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu einem positiven Tun eingesetzt hat oder wo der Dritte zu ihm in einem Anstellungsverhältnisse steht, das die Erfüllung eines bestimmten Kreises von Schuldnerpflichten positiver oder negativer Art als den gesamten Umfang oder einen Teil des ihm durch das Anstellungsverhältnis erwachsenden Pflichtenkreises in sich trägt.

Neben diesem Versuche einer Umgrenzung des Personenkreises des § 278 müssen noch kurz zwei weiterere Fragen gestreift werden, die in der Diskussion über den Paragraphen keine geringere Rolle spielen.

1. Das eine ist die, was der Paragraph unter Verbindlichkeit versteht. Diese Frage beantwortet sich m. E. aus dem Wortlaute. Der Paragraph spricht davon, daß ein „Schuldner“ seine Verbindlichkeit durch einen andern erfüllt. Wer Schuldner ist, das bestimmt sich nach § 241 BGB. Verbindlichkeit ist mithin jedes Schuldverhältnis nach § 241 BGB.

2. Die andere Frage, die hier auch nur gestreift werden kann, ist die, ob die verletzende Handlung an der Sache vorgenommen sein muß, auf die sich die Erfüllungshandlung bezieht, oder ob es zu einer Haftung

schon ausreicht, wenn die verletzende Handlung in Ausführung der Erfüllungshandlung begangen wird.

Es wurde der Untersuchung der allgemeine Satz vorangestellt, daß der § 278 nur von rechtsgeschäftlichem Verschulden spricht. Rechtsgeschäftliches Verschulden ist aber Verletzung einer auf Rechtsgeschäft beruhenden Pflicht in einer dem Verletzenden zurechenbaren Weise. D. h. da der Schuldner nach § 276 BGB. nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet: die vorsätzliche und fahrlässige Nichterfüllung, nicht gehörige (verspätete z. B.) Erfüllung oder das Unmöglichmachen dieser Erfüllung.

Ich möchte deshalb die gesuchte Antwort dahin geben: In Betracht kommt für den Tatbestand des § 278 nur eine Verletzung des Rechtes des Gläubigers auf Leistung. Wird diese Leistung bewirkt, so ist jede weitere etwa gegebene Verletzung von Rechten des Gläubigers Verletzung absoluter Rechte, die aus dem Rahmen vertraglicher Haftung in den der Haftung aus unerlaubter Handlung hinübergreift. Um das berühmte Beispiel Feders zu benutzen, auf das auch Brodmann Bezug nimmt, so möchte ich glauben, daß die von einem Uhrmacher vertraglich übernommene Pflicht, eine Uhr aufzuziehen, sich damit erschöpft, daß die Uhr so aufgezogen wird, daß der mit dem Aufziehen gewollte mechanische Erfolg eintritt, d. h. daß die Uhr geht. Wenn nun der Uhrmacher seiner Vertragspflicht selbst nachkommt, die Uhr auch ordnungsmäßig aufzieht, beim Aufziehen den Schlüssel fallen läßt und dabei eine Vase zerschlägt, so

kann ich mich der Auffassung nicht anschließen, die sagt, er habe seine Pflichten aus dem Vertrage nicht ordnungsmäßig erfüllt; er hafte deshalb nicht (nur?) aus unerlaubter Handlung, sondern aus dem Vertrage. Das würde doch, juristisch gesehen, nichts anderes heißen, als daß die absoluten Rechte eines Menschen, wie hier das Eigentum, dadurch zu relativen, vertraglich geschützten würden, daß er zu einem andern in Vertragsbeziehungen tritt. Daß, um die letzte Konsequenz in einem krassen Beispiele zu zeigen, der Uhrmacher mit der Verpflichtung, die Uhr aufzuziehen, auch die weitere Vertragspflicht übernähme, den Eigentümer der Uhr nicht totzuschlagen. Ich möchte mich deshalb auf den derartige Konsequenzen meidenden Standpunkt Brodmanns stellen, daß die Erfüllung der eigentlichen Vertragsleistung, hier also das Aufziehen der Uhr, die Annahme einer Vertragsverletzung ausschließt. Daraus würde folgen, daß für eine Anwendung des § 278 nur da Raum ist, wo der Gehilfe sich einer Vertragsverletzung schuldig macht, wo er also nach dem oben aufgestellten Grundsatze die eigentliche Vertragsleistung nicht erfüllt. Ist diese erfüllt, so können m. E. Handlungen, die sonst die Rechtssphäre des Erfüllungsberechtigten verletzen, seien sie auch in „Ausführung der Erfüllungshandlung" begangen, eine Haftung des Schuldners aus § 278 nicht begründen.

Daß diese Auslegung auch dem Sinne des § 278 BGB. gerecht wird, dafür scheint mir auch die Unmöglichkeit zu sprechen, eine Grenze für die in ihm normierte

Haftung für den gesetzlichen Vertreter zu finden. Eine Grenze, die sich aus der systematischen Stellung des § 278 ergeben müßte. Denn ich glaube nicht, daß das Gesetz die Absicht gehabt haben sollte, in den Vorschriften über die Verpflichtung zur Leistung, der der Paragraph eingegliedert ist, plötzlich und völlig außer Zusammenhang eine Generalhaftung für das Verschulden gesetzlicher Vertreter zu normieren. In dem erkennbaren Zusammenhange des Gesetzes kann sich die Haftung naturgemäß auf nichts anderes als die Erfüllung von Schuldnerpflichten beziehen. Das folgt wiederum aus dem Begriffe des rechtsgeschäftlichen Verschuldens. Für ihn hat also völlig das gleiche zu gelten, was für den Erfüllungsgehilfen bezüglich der Haftungsgrenzen gesagt wurde. Auf die Unterschiede zum Erfüllungsgehilfen ist an anderer Stelle hingewiesen worden.

2. Die Fremdhaftung im Versicherungsrecht.

Nachdem im ersten Teile dieser Arbeit die Anwendbarkeit des § 278 im Versicherungsrecht überhaupt bejaht, im zweiten der Rechtscharakter der Obliegenheiten des Versicherungsnehmers untersucht, im dritten die Rechtsnatur des § 278 geprüft ist, gilt es jetzt, das in diesen Abschnitten Gefundene gegeneinander abzustimmen.

Die Prüfung des Rechtscharakters der Obliegenheiten des Versicherungsnehmers hat (mit Ausnahme der auf S. 51 genannten) dazu geführt, ihren Charakter als

„Leistungsverbundenheiten“, als Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 BGB. zu bejahen. Daraus ergibt sich von vornherein als leitender Grundsatz, daß die schuldhafte Verletzung dieser Obliegenheiten durch den gesetzlichen Vertreter des Versicherungsnehmers und die Personen, die zu ihm in einem Verhältnisse der auf S. 67 bezeichneten Art stehen, einer Verletzung durch den Versicherungsnehmer gleichkommt.

Die für die einzelnen Pflichtengruppen normierten Einschränkungen, die Berücksichtigung abweichender Meinungen, endlich die Notwendigkeit, nachzuweisen, daß das Gefundene mit dem rechtlichen und wirtschaftspolitischen Zweck der Versicherung im Einklange steht, zwingen aber zu einem Eingehen auf die wesentlichsten Obliegenheitsgruppen und die für sie gültigen Normen der Fremdhaftung.

a) Die Anzeige- und Mitteilungspflichten.

Bei ihnen ist die Fremdhaftung nach § 278 unbedingt zu bejahen. Sie sind Pflichten eines positiven Tuns und können als solche einem Dritten sowohl auf Grund eines Anstellungsverhältnisses erwachsen, das ihre Erfüllung mit umschließt, wie auf Grund besonderer Betrauung. Von Schneiders genereller Verneinung der Fremdhaftung abgesehen, steht die Lehre[1]) auch allgemein

[1]) Abweichend RG. in den oben S. 23 zit. Entscheidungen und Brodmann s. unten S. 72ff.

auf dem Standpunkte, daß die schuldhafte Verletzung dieser Pflichten durch Personen des § 278 BGB. zu Lasten des Schuldners geht.

Die Besonderheiten, die hinsichtlich der Anzeigepflichten bestehen, die vor Abschluß des Versicherungsvertrages zu erfüllen sind, sind in anderem Zusammenhange oben besprochen worden.

Die Frage, ob die Bejahung der Fremdhaftung irgendeine Härte gegen den Versicherungsnehmer bedeutet, glaube ich verneinen zu müssen. Ich glaube, daß, wer wie Schneider überhaupt und Brodmann in manchen Punkten die Fremdhaftung aus dem Versicherungsrechte auszuschalten sucht, eines nicht in Betracht zieht. Es wurde schon an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß die Hindeutung, man müsse bei Beurteilung der Fremdhaftung den von den Parteien gewollten Sicherungszweck zugrunde legen, einen Sinn nur hat gegenüber der Pflicht zur Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles und den Pflichten zur Beschränkung des Risikos. Der Sicherungszweck ist Gefahrverteilung. Was hat aber die Anzeigepflicht mit der Gefahrverteilung, mit dem Sicherungszweck zu tun? Geht man auf den Sicherungszweck hinaus, so würde sich doch nur folgende Fragestellung ergeben können: Schließt die vom Versicherer übernommene Gefahr auch die Gefahr ein, die dem Vermögen des Versicherungsnehmers aus der Verletzung der Anzeigepflichten durch Dritte drohen? Die Frage würde schwerlich zu bejahen sein. Brodmann bringt noch einen zweiten Ge-

danken, den nämlich, daß es eine unbillige Härte wäre, den Versicherungsnehmer deshalb seiner Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage verlustig gehen zu lassen, weil „der Prokurist des Versicherungsnehmers aus Bosheit gegen diesen die ihm befohlene Anzeige unterläßt".[1]) Eine Härte kann aber nicht darin liegen, daß die prinzipielle Haftung des Geschäftsherrn für den Prokuristen, eine Haftung, die die Sicherheit des kaufmännischen Verkehres notwendig macht, auf jedes wie immer geartete Rechtsverhältnis Anwendung nimmt. Die Härte, wenn man sie finden will, kann nur der Vorschrift des Versicherungsrechtes entstammen, die dem Versicherer ein Rücktrittsrecht (oder noch schwerwiegendere Rechte) bei verletzter Anzeigepflicht gibt. Das hat doch mit Sicherungszweck ebensowenig zu tun und gefährdet ihn ebensowenig, wie es den Vertragszweck des Handelskaufes gefährdet, daß der Käufer bei verletzter Rügepflicht seiner Gewährschaftsansprüche gegen den Verkäufer verlustig geht. Darauf weist auch Josef[2]) sehr richtig hin. Es ist m. E. nicht einzusehen, weshalb die dem Versicherungsvertrage innewohnende Übernahme gewisser Gefahren durch den Versicherer ihn auch zwingen sollte, die Gefahren zu tragen, die außerhalb des von ihm übernommenen Gefahrenkreises aus der Pflichtverletzung Dritter drohen.

Da im vorhergehenden der Grundsatz aufgestellt wurde, daß bei Festlegung der Folgen, die sich aus einer

[1]) Brodmann a. a. O. S. 287.

[2]) Josef in ZHR. Bd. 65 S. 194 f.

Verletzung der Anzeigepflichten durch Dritte ergeben, nur Einschränkungen in Betracht kommen können, die sich aus der Natur des § 278 ergeben, so glaube ich davon absehen zu können, dem Versuch Brodmanns,[1]) in einer Unterscheidung von Wissens- und Willenserklärungen die Einschränkung zu finden, im einzelnen nachzugehen. Ein Hinweis nur: Mir will die Behauptung Brodmanns bedenklich scheinen, daß der Sinn der Anzeigepflichten sich darin erschöpfe, daß der Versicherungsnehmer das zu ihrer Absendung Erforderliche getan hat. Ich glaube vielmehr, daß der Sinn der Anzeigepflicht dahin geht, daß die Anzeige dem Versicherer zugeht. Ihren eigentlichen Zweck, wenigstens den, dem Versicherer die Beurteilungsmöglichkeit seines Risikos zu verschaffen, wird sie doch nur als empfangsbedürftige Willenserklärung erfüllen können. Brodmann selbst ist auch in der Formulierung dieser These sehr vorsichtig. Beachtung fordert aber unter allen Umständen sein Vorschlag — der allerdings ebensosehr die Folgen der durch den Versicherungsnehmer wie der durch den Dritten verletzten Anzeigepflicht trifft, also mit der Fremdhaftung nur abgeleitet etwas zu tun hat —, daß im allgemeinen der Nachweis genügen solle, daß die Anzeige abgesandt sei, solange der Versicherer nicht den Nachweis erbringe, daß ihm durch ein Nicht- oder verspätetes Zugehen ein Schaden erwachsen sei.[2])

---

[1]) Brodmann a. a. O. S. 290.

[2]) Brodmann a. a. O. S. 290.

Es ergibt sich:

Eine Verletzung der Anzeige- und Mitteilungspflichten durch Personen, die mit der Beschaffung einer Anzeige usw. besonders betraut worden sind oder denen die Beschaffung derartiger Anzeigen aus dem Pflichtenkreise ihrer Anstellung erwächst, ist wie eine Verletzung der Anzeigepflicht durch den Versicherungsnehmer anzusehen.[1])

b) Die Pflichten, die eine Beschränkung des Risikos bezwecken.

Hierzu ist oben die Unterscheidung zwischen dem allgemeinen Verbot der Gefahrerhöhung und den spezialisiert übernommenen Pflichten zur Vornahme gefahrmindernder und Unterlassung gefahrerhöhender Handlungen gemacht worden.

1. Hinsichtlich des allgemeinen Verbotes ist oben verneint worden, daß es sich in ihm um eine Verbindlichkeit zur Unterlassung gefahrerhöhender Handlungen handelt. Auf die dafür versuchte Begründung braucht an dieser Stelle nicht erneut eingegangen zu werden. Hier handelt es sich nur um die daraus zu ziehenden Konsequenzen für die Fremdhaftung.

Sieht man zunächst davon ab, daß es sich nicht um eine Verbindlichkeit im Sinne der §§ 241, 278 BGB. handelt, so folgt eine Beschränkung der Anwendbarkeit

[1]) Im Ergebnisse übereinstimmend: Gierke a. a. O.; Josef a. a. O.; Ehrenberg, Versicherungsrecht S. 434.

des § 278 schon daraus, daß es sich hier um Unterlassungspflichten handelt. Wie nachzuweisen versucht wurde, gibt es auf Grund des § 278 keine Haftung für Personen, denen die Möglichkeit rein tatsächlicher Einwirkung auf die versicherte Sache möglich ist. Die Haftung des Versicherungsnehmers für gefahrerhöhende Handlungen seiner Familienangehörigen, überhaupt der Personen, die lediglich teilnehmen an den versicherten Werten, ist prinzipiell zu verneinen. Sie können an der Erfüllung dieser reinen Negativpflicht nicht teilnehmen in einem Sinne, der zu sagen gestattete, daß sich der Versicherungsnehmer ihrer im Sinne des § 278 zur Erfüllung bediente. Dann ist aber auch zu bestreiten, daß überhaupt aus dem § 23 VVG. dem Versicherungsnehmer die Pflicht erwachse, keine gefahrerhöhenden Handlungen vorzunehmen. Ihm erwächst nur die Pflicht, die Einwilligung des Versicherers nachzusuchen. Eine Verletzung dieser Pflicht durch Dritte mit den Rechtsfolgen des § 278 ist also nur möglich, wo entweder der Versicherungsnehmer einen Dritten mit der Aufgabe betraute, für eine eingetretene Gefahrerhöhung die Einwilligung des Versicherers nachzusuchen; denn dann liegen die Dinge nicht anders als bei der Betrauung mit der Erstattung einer Anzeige. Oder aber die Betrauung eines Dritten geht dahin, innerhalb des Kreises der von der Versicherung umfaßten Werte dafür zu sorgen, daß eintretende Gefahrerhöhungen beseitigt, nicht zu beseitigende entweder dem Versicherungsnehmer mitgeteilt werden oder direkt für sie die Einwilligung des Ver-

sicherers nachgesucht wird. Wie der Aufgabenkreis des Dritten aber auch im einzelnen gestaltet sein mag, Voraussetzung dafür, daß von ihm verschuldete Verletzungen des § 23 gegen den Versicherungsnehmer wirken, ist seine Kenntnis vom Versicherungsvertrag, spezieller noch die Kenntnis von der Pflicht des ihn Anstellenden, für Veränderungen, die das Risiko des Versicherers erhöhen, die Einwilligung des Versicherers nachzusuchen. Denn die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht zur Nachsuchung der Einwilligung setzt die Kenntnis dieser Pflicht logisch voraus.

Auf der anderen Seite kann die Kenntnis dieser Pflicht eines Dritten noch nicht ausreichen, um von ihm begangene Verletzungen dieser Pflicht in jedem Falle dem Versicherungsnehmer zuzurechnen. Es wurde schon eingangs dieses Abschnittes betont, daß eine Haftung für Personen, denen lediglich eine tatsächliche Möglichkeit der Einwirkung auf die versicherte Sache möglich ist, nicht besteht. Wenn also auch der Sohn im Hause seines Vaters, das dieser gegen Feuer versichert hat, trotz Kenntnis der Versicherung sich heimlich ein Laboratorium einrichtet und feuergefährliche Experimente macht, so würde der Vater für die damit verletzte Pflicht, die Einwilligung nachzusuchen, nicht haften, da der Sohn diese Pflicht des Vaters zwar vorsätzlich, aber nicht rechtlich schuldhaft verletzt. Denn ihm erwächst aus seinem Sohnesverhältnis, das höchstens eine Beziehung familienrechtlicher Unterworfenheit, niemals aber vertraglicher Unterworfenheit

ist, nicht die Rechtspflicht, für die Einwilligung des Versicherers Sorge zu tragen. Die scheinbare Bedenklichkeit dieses Beispieles liegt aber nicht in der Bedenklichkeit des zugrunde gelegten Rechtssatzes, sondern in der Schwierigkeit der Vorstellung, daß dem Vater derartige „Experimente" ohne eigenes Verschulden entgehen könnten. Hält man das aber für möglich, so erscheint mir das Resultat nur gerecht. Es wäre ungeheuerlich, Gefahrerhöhungen, die jemand in fremder Versicherungssphäre und in Kenntnis der Versicherung vornimmt, dem Versicherungsnehmer zurechnen zu wollen.

Eine Härte liegt freilich darin, daß eine Verletzung des § 23 VVG. durch Angehörige und Hausmitglieder des Versicherungsnehmers herbeigeführt werden kann. Ein Ausgleich liegt darin, daß meist ein Verschulden des Versicherungsnehmers darin zu finden sein wird, daß ihm eine derartige Verletzung entgeht. Konnte sie ihm aber ohne grobe Fahrlässigkeit entgehen, dann wäre eine Zurechnung einer so zustande gekommenen Verletzung nicht minder ungerecht.

Es ergibt sich:

Eine Verletzung des § 23 durch Dritte ist dem Versicherungsnehmer nur dann zuzurechnen, wenn der Dritte entweder mit der Beschaffung der erforderlichen Einwilligung besonders beauftragt ist, oder wenn dem Dritten aus einem Anstellungsverhältnisse die Wahrnehmung der Obliegenheiten des Versicherungsnehmers überhaupt oder zum mindesten die Pflicht erwächst, inner-

halb der ihm anvertrauten Sphäre die Handlungen und Unterlassungen zu sichern, die dem Versicherungsnehmer aus dem § 23 allgemein erwachsen.

Daß die Haftung für diese Personen, selbst wenn die von ihnen begangene Verletzung des § 23 Abs. 1 ohne Wissen des Versicherungsnehmers geschieht, nicht unter § 27 fällt, ist oben gezeigt worden.

Über die Haftung für den gesetzlichen Vertreter wird im Zusammenhange gehandelt werden, da hinsichtlich seiner bei allen Obliegenheiten das gleiche gilt (s. unten S. 96 ff.).

2. Hinsichtlich der vom Versicherungsnehmer spezialisiert übernommenen Pflichten zur Unterlassung gefahrerhöhender und Vornahme gefahrmindernder Handlungen gilt im wesentlichen das gleiche.

Auf folgendes mag hingewiesen sein:

Die Verpflichtung des § 32 kann einerseits auf die einmalige oder wiederholte Vornahme bestimmter Handlungen gehen. Ich benutze die von Josef[1]) gegebenen Beispiele: den Stall allmonatlich zu desinfizieren, Sägespäne aus der Werkstätte allabendlich zu entfernen, Geld unter Verschluß zu halten. Diese Verpflichtungen zur Vornahme wiederkehrender Handlungen kann der Versicherungsnehmer durch andere erfüllen, die er für jeden einzelnen Fall oder generell damit beauftragt. Insoweit haftet er für die von ihnen begangenen Verletzungen. Auch

---

[1]) Josef a. a. O. S. 269.

dann natürlich wiederum, wenn er einen Dritten mit der Erfüllung der ihm aus dem Versicherungsvertrage erwachsenden Obliegenheiten im allgemeinen beauftragt. Nicht anders liegt es in den Fällen, wo sich der Versicherungsnehmer zur Herstellung eines neuen Zustandes verpflichtet hat. Wenn Josef darauf hinweist, daß der Sinn einer solchen Abrede, z. B. einen Blitzableiter anzubringen, dahin ginge, daß der Versicherungsnehmer verpflichtet sei, „den versprochenen Zustand unter allen Umständen zu gewähren“, so hält dem Brodmann mit Recht entgegen, daß durch eine solche Unterscheidung nichts gewonnen sei. Denn einmal sei nicht ausgemacht, daß eine solche Abrede immer diesen Sinn haben müsse. Habe sie ihn aber, dann käme es auf § 278 nicht mehr an, weil es sich dann um eine „objektive Umgrenzung des Risikos handle“. Solange der verabredete Zustand nicht herbeigeführt sei, hafte der Versicherer nicht, weil er das durch die Nichtherbeiführung des verabredeten Zustandes vermehrte Risiko nicht übernommen habe.[1]) Damit weist Brodmann auf die Notwendigkeit hin, vor Stellung der Frage nach Haftung aus § 278 immer die Frage zu stellen, ob die Festsetzung der Vornahme bestimmter gegefahrmindernder Handlungen nicht den Sinn einer Begrenzung des Risikos hat. Eine dahingehende Prüfung läßt sich nur für den Einzelfall anstellen. Allgemeine Kriterien der Entscheidung dürften nicht aufstellbar sein.

---

[1]) Brodmann a. a. O. S. 285.

Wo eine derartige Abrede den Sinn einer Begrenzung des Risikos nicht hat, hat aber der Versicherungsnehmer hinsichtlich ihrer Nichterfüllung für ein Verschulden der Personen zu haften, die ihm gegenüber zur Vornahme dieser Handlungen auf Grund ihres Anstellungsverhältnisses oder kraft besonderer Anordnung verpflichtet waren.

Etwas anders liegt die Sache, wenn es sich um die Pflicht zu bestimmten Unterlassungen handelt. Josef[1]) trifft freilich wohl nicht das Richtige, wenn er bestreitet, daß der Versicherungsnehmer in den von ihm gewählten Beispielen die Verbindlichkeit übernähme, Benzin nur in bestimmter Menge auf Lager zu halten, Ligroine nicht als Beleuchtungsmittel zu verwenden usw. Daß auch diese präzisierten Unterlassungspflichten Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 sind, wurde oben gezeigt. Darauf braucht nicht erneut eingegangen zu werden. Wohl ist aber auch in diesen Fällen zu prüfen, ob mit ihnen nicht eine entsprechende Einschränkung des Risikos gewollt ist. Wo das aber nicht der Fall ist, hat § 278 Anwendung zu finden. Die nötige Einschränkung ergibt sich aus der prinzipiellen Beschränkung der Fremdhaftung für Unterlassungen. Der Versicherungsnehmer kann hier nur für die Personen haften, die er allgemein in die aus dem Versicherungsvertrag für ihn sich ergebenden Obliegenheiten eingesetzt hat. Am Beispiele gezeigt: Liegt dem Versicherungsnehmer die Verpflichtung ob, eine bestimmte

---

[1]) Josef a. a. O. S. 271

Schutztür immer geschlossen zu halten, so erwächst ihm zunächst die Pflicht, diese Tür selbst nicht zu öffnen, weiter die Pflicht, innerhalb des Rahmens ordnungsmäßiger Sorgfalt darauf zu achten, daß die Tür auch von anderen nicht geöffnet wird. Die Verletzung beider Pflichten ist eigenes Verschulden, hat also mit seiner Haftung aus § 278 BGB. nichts zu tun. Läßt er sich im Rahmen dieser Pflichten durch einen anderen vertreten, d. h. bestellt er — z. B. im Falle einer länger dauernden Auslandsreise — einen anderen zur Sorge für den versicherten Gegenstand oder noch allgemeiner zur Erfüllung sämtlicher ihm aus dem Versicherungsvertrage erwachsenden Pflichten, so hat er ein Verschulden dieses Dritten zu vertreten. Ein Verschulden dieses Dritten kann aber nur darin bestehen, wenigstens wenn es eine Haftung aus § 278 BGB. nach sich ziehen soll, daß der Dritte die Schutztür selbst öffnet oder ihre Öffnung durch wieder einen anderen zuließ, während er sie verhindern konnte. Eine Haftung in diesem Sinne wird praktisch also nur da in Betracht kommen, wo der Versicherungsnehmer die Möglichkeit der Zuwiderhandlung gegen ein derartiges Verbot und die Überwachung seiner Befolgung nicht hat, wo er also z. B. das versicherte Tier einem anderen übergibt oder seine versicherte Wohnung auf die Dauer verläßt. Denn solange er die tatsächliche Möglichkeit hat, für die Nichtübertretung des Verbotes persönlich einzustehen, erzeugt die Anstellung eines anderen zum gleichen Zwecke Rechtsänderungen überhaupt nicht, da er

für jede Übertretung des Unterlassungsgebotes, die er verhindern konnte und nicht verhinderte, aus eigenem und nicht aus fremdem Verschulden haftet. Daß er einen anderen mit der „Verhinderungspflicht“ betraute, kann seine „Verhinderungspflicht“ um nichts verringern, solange er zu ihrer Erfüllung selbst noch tatsächlich imstande ist.

Es ergibt sich:

Eine Haftung für Dritte besteht rücksichtlich des § 32 VVG. nur insoweit, als der Versicherungsnehmer einmal für das in der mangelnden Überwachung Dritter (wo eine solche sich aus den Umständen gebot) liegende Verschulden haftet. Und zwar hier aus § 276. Eine Haftung aus § 278 trifft ihn nur da, wo er einen Dritten in die Überwachungspflicht statt seiner eingesetzt hat und dieser sie verletzt. Oder wo dem Dritten allgemein die Erfüllung aller Obliegenheiten aus dem Versicherungsvertrage auferlegt ist. Eine weitere Haftung, insbesondere für Personen, denen der Schuldner dadurch, daß er sie mit der versicherten Sache in tatsächliche Beziehung gebracht hat, die die Zuwiderhandlung gegen ein Verbotsgesetz ermöglicht, besteht nicht.

Ein paar Beispiele: Angenommen der Vertrag betrifft die Versicherung freistehender Benzintanks und die Police bestimmt die Aufnahmegrenze auf 5000 t, so haftet der Versicherungsnehmer für eine Mehraufnahme, die er hätte verhindern können, aus eigenem Verschulden. Wird eine solche Mehraufnahme durch einen Dritten vorgenommen, ohne daß eine ausreichend vom Versicherungs-

nehmer geübte Überwachung das verhindern konnte, dann haftet er für diese Verletzung nicht. Er haftet nur dann, wenn der Dritte, der die Mehraufnahme vornahm, zu ihm in einem Angestelltenverhältnis steht, das die Verhinderung einer Mehraufnahme als Teil seines Pflichtenkreises umfaßte, wie im Zweifel der Lagervice. Oder wenn dieser in dieser Eigenschaft die Mehreinlagerung schuldhaft wieder von einem anderen geschehen ließ, für diese Zuwiderhandlung also aus § 276 BGB., als für eigenes Verschulden haftet.

Wie notwendig derartige Einschränkungen im Interesse der Versicherten sind, mag ein aus der Seeversicherung entnommenes Beispiel zeigen:

Die Seeversicherungspolicen auf Güter lauten häufig auf einen festgesetzten Maximalladebetrag für das einzelne Transportgefährt, also für den einzelnen Dampfer. Hat der Versicherungsnehmer in jedem Falle für eine Überschreitung des Maximalladebetrages aufzukommen? Die Seeversicherungspolicen, wie z. B. die des Vereins Hamburger Assekuradeure, enthalten eine Festsetzung nur für den Fall, daß eine Überschreitung des Maximalladebetrages an Zwischenplätzen geschieht, an denen den Versicherten keine Verfügung über die Verladung bezw. keine Kontrolle über die Innehaltung der vereinbarten Maximalgrenze zusteht. In solchen Fällen soll nach der Klausel der genannten Police eine Überschreitung den Versicherten nicht präjudizieren. Es handelt sich also nicht um eine prinzipielle Beschränkung des Risikos auf den vereinbarten

Maximalladebetrag. Vom Versicherungsnehmer unverschuldete Verletzungen dieser Policenklausel sollen vielmehr den Versicherten nicht präjudizieren. Nun sind aber Fälle denkbar wie der folgende, der nächstens die hamburgischen Gerichte beschäftigen wird, in denen auch, ohne daß der Tatbestand der Klausel vorliegt, eine Verletzung dem Versicherungsnehmer nicht zugerechnet werden kann. Es waren in diesem Falle Transporte von Galveston inklusive der Vorreise aus dem Binnenlande nach dem Abladehafen versichert und eine Maximalladung von 300 000 Mark pro Schiff festgesetzt worden. Die Ablader des Versicherungsnehmers hatten zwei Dampfer für die Transporte von Galveston nach Hamburg gechartert und die auf Durchkonnossement gehende Ladung bei einer großen transatlantischen Versicherungsgesellschaft gedeckt. Die Ablader hatten der Anordnung des Versicherungsvertrages entsprechend der Reederei Order gegeben, auf jedem der beiden gecharterten Dampfer nur für 300 000 Mk. Ware mitzunehmen, und die Reederei hatte diese Bedingung als Gegenkontrahentin akzeptiert. Ohne Wissen der Reederei haben dann die Schiffsführer aus Gründen der Stauung die Ladungen so disponiert, daß auf einen Dampfer beide Abladungen des Hamburger Versicherten verladen wurden. Für die Konsequenzen aus diesem Tatbestande hat der Versicherungsnehmer nicht zu haften. Er könnte höchstens haften für ein seinen Ablader treffendes Verschulden, das darin liegen könnte, daß der Ablader die ihm von dem Versicherungsnehmer gewordene Anweisung, nicht

über die Maximalgrenze für den einzelnen Dampfer laden zu lassen, verletzte. Denn nur er steht zu dem Versicherten in einem Rechtsverhältnis, das ihm dem Versicherten gegenüber die Einhaltung der Maximalgrenze zur Pflicht machte. Ihr hatte der Ablader genügt, wenn er eine Verladung unter Innehaltung der Maximalgrenze kontrahierte. Für das administrative Verschulden des Schiffsführers, das seine Reederei haftbar macht, kann niemals der Ablader haftbar sein. Und es fällt nicht in den Pflichtenkreis des Schiffsführers, für die Verpflichtungen, die dem Versicherten auf Grund der Klausel erwachsen, einzustehen; sie stehen zu dem Versicherten in keinerlei Rechtsbeziehung. Das tut eben höchstens der Ablader, der das zur Erfüllung seiner Pflicht Erforderliche getan hat.

Man kann, glaube ich, aus diesem Beispiele wiederum den Schluß ziehen, daß eine Haftung des Versicherungsnehmers für Personen, denen lediglich eine tatsächliche Zuwiderhandlung gegen eine ihm obliegende Unterlassungspflicht möglich ist, zu Ungerechtigkeiten führen würde.

3. Hinsichtlich der übrigen Pflichten, deren Erfüllung dem Versicherungsnehmer zur Pflicht gemacht ist, ist schon oben darauf hingewiesen, daß für sie, soweit sie die pflegliche Behandlung des versicherten Gegenstandes zum Inhalte haben, das zu gelten hat, was zum § 32 ausgeführt wurde. Auf die an dieser Stelle angeführten Haftungsgrundsätze kann mithin verwiesen werden.

Die Pflicht zur Erteilung von Auskünften und Belegen ist wie die Anzeigepflicht zu behandeln (vgl. S. 71 ff.).

4. Für die Pflicht zur Rechtzeitigkeit muß in Gemäßheit des auf S. 51 Gesagten mit der herrschenden Lehre, die auf allgemeinster Übereinstimmung beruht, eine Anwendungsmöglichkeit des § 278 verneint werden.

c) Die Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles.

Es ist oben an entsprechender Stelle mit der herrschenden Lehre, von der sich nur Brodmann ausschließt, das Vorliegen einer Verbindlichkeit zur Nichtherbeiführung des Versicherungsfalles abgelehnt worden. Weiter ist darauf hingewiesen worden, daß Schneider und Josef aus diesem Grunde die Annahme einer Fremdhaftung für die Herbeiführung des Versicherungsfalles durch Dritte abgelehnt haben. Ein wie gefährliches Ergebnis das ist, zeigt das Schulbeispiel von dem Vormund, der das Wohnhaus seines Mündels unter Versicherung bringt und es dann mit eigener Hand in Brand setzt. Daß die Versicherungsgesellschaft unter solchen Umständen zahlen sollte, kann unmöglich mit gesundem Rechtsempfinden in Einklang gebracht werden.

Trotzdem hat die herrschende Lehre die Anwendbarkeit des § 278 weniger mit methodischer Begründung als aus Utilitätsgründen bejaht. Oder sie hat einen Begriff der Assekuranztreue geschaffen, der als eine Verbindlichkeit im Sinne des § 278 seine Anwendung gestattet. Für den Stand der Lehre im einzelnen kann auf die instruktive Zusammenstellung Gierkes verwiesen werden,

der zugleich eine ebenso instruktive Kritik der mannigfachen Lehren gibt.

Gierke selbst geht einen neuen Weg. Er will die Anwendbarkeit des § 278 im Umwege über § 254 BGB. begründen, der ja eine entsprechende Anwendbarkeit des § 278 in seinem Rahmen ausdrücklich normiert. Nun erscheint mir schon die Voraussetzung, von der Gierke ausgeht, nämlich die behauptete Anwendbarkeit des § 254 BGB., obzwar sie herrschende Lehre ist (vgl. die bei Gierke gegebenen Zitate), etwas recht zweifelhaft. Der Sinn des § 254 geht doch auf eine Prüfung der Frage: Inwieweit hat bei der Entstehung eines zu ersetzenden Schadens der Ersatzberechtigte, wieweit der Ersatzpflichtige mitgewirkt? Voraussetzung zu seiner Anwendbarkeit ist mithin die Notwendigkeit, daß der Ersatzpflichtige bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Davon kann doch im Versicherungsrecht keine Rede sein. Der Versicherer ist doch auf Grund seiner Gefahrübernahme ersatzpflichtig, nicht deshalb, weil er bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Darauf weist auch Brodmann[1]) hin in der Frage: ... wieweit der Schaden von dem einen oder dem anderen Teile (also vorwiegend von dem Versicherungsnehmer oder dem Versicherer?) verursacht ist. Und fügt hinzu, daß der Gedanke, den Schaden gegebenenfalls zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer zu teilen, jedem, der in der Praxis

---

[1]) Brodmann a. a. O. S. 278.

auf welches es ankommt, der Antrieb, sich nicht auf Kosten des Versicherers gehen zu lassen, einen Sinn nur gegenüber der Persönlichkeit des Versicherungsnehmers selbst“. Er fährt sodann, einen Gedanken Gierkes aufnehmend, fort, daß eine zu weitgehende Verpflanzung der bürgerlichrechtlichen Fremdhaftung in das Versicherungsrecht, wenn sie auch an sich aus der Notwendigkeit folge, gewisse Verletzungen der Pflichten des Versicherungsnehmers durch Dritte dem Versicherungsnehmer zuzurechnen, sich mit dem Wesen der Versicherung in Widerspruch setze. „... Die Gefahr, wegen des Verschuldens eines Dritten des Ersatzanspruches verlustig zu gehen, wäre ein Risiko, das wieder unter Versicherung zu bringen wäre“, sagt Brodmann.

Gegen den letzten Gedanken, wenigstens gegen seine Voraussetzungen, können sich freilich Bedenken erheben aus dem gleichen Grunde, der schon dafür geltend gemacht wurde, den Sicherungszweck nicht zu sehr zu überspannen.

Das wurde schon an anderer Stelle gesagt. Der Zweck des Versicherungsvertrages ist doch ein künstlicher Ausgleich für Gefahren, die dem versicherten Interesse oder der versicherten Sache drohen. Nicht aber ist sie Ausgleich gegen Gefahren, die dem Versicherungsnehmer aus der Verletzung von Vertragspflichten drohen, die doch gar nicht Gegenstand der Versicherung sind. Der Möglichkeit, daß ihm obliegende Vertragspflichten durch Dritte verletzt werden, ist doch jeder ausgesetzt, der in

einem Vertragsverhältnis irgendwelcher Art steht. Man kann aber doch dieses Risiko nicht deshalb plötzlich dem Gläubiger dieser Pflichten zuwälzen, nur weil der Gläubiger Versicherer ist. Deshalb würde der Brodmannsche Gedanke vielleicht auf die Gefahren zu beschränken sein, die nicht dem Versicherten aus dem Vertrage als solchem drohen, sondern die für das versicherte Interesse bestehen.

Nun hat aber Brodmann sicherlich recht damit, daß zu den Gefahren, die der Versicherungsnehmer, als seinem individuellen Interessenkreise drohend, unter die Garantie des Versicherers bringen will, auch gerade die spezifischen Gefahren gehören, die von den Personen ausgehen, die den Versicherungsnehmer in seiner Wirtschaftsführung umgeben. Nur halte ich den Begriff des individuellen Interessenkreises für etwas zu weitgehend. Ich glaube, man muß einengend sagen: dem versicherten Interessenkreise drohen. Denn unter einen individuellen Interessenkreis könnte man Interessen unterordnen, die mit den durch Versicherung gedeckten schon nicht mehr identisch sind.

Um zum Ausgangspunkt zurückzukehren, so will und soll der Versicherungsnehmer gegen alle dem versicherten Interesse drohenden Gefahren gesichert sein, die nicht Folgen seines eigenen wider Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens sind.

Kraft positiver Rechtssetzung ist aber ein wider Treu und Glauben verstoßendes Verhalten die vorsätzliche und grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles.

Wider Treu und Glauben verstößt es aber auch, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall durch einen anderen herbeiführt oder die Herbeiführung durch einen anderen da nicht hinderte, wo er sie hindern konnte.

Das Entscheidende ist also: Nicht die Herbeiführung als solche, sondern der zum Ausdruck gebrachte Wille, sich die Gegenleistung aus dem Versicherungsvertrage unter Umständen zu verschaffen, die der Abrede nach nicht in den Kreis der vom Versicherer gedeckten gehören. Dieser Wille ist aber auch dann als zum Ausdruck gebracht anzusehen, wenn eine Handlung vorgenommen wird, die so wahrscheinlich den Versicherungsfall schafft, daß die Nichtbeachtung dieser Wahrscheinlichkeit nur durch das Bewußtsein erklärlich ist, gegen die vorauszusehenden Folgen der Handlung durch die Versicherung gedeckt zu sein.

Soweit der Schädigungswille des Versicherungsnehmers das Entscheidende ist, ist es gleichgültig, ob der Versicherungsnehmer diesen Willen persönlich in Handlung umsetzt oder sich dabei eines Dritten bedient. Eine Fremdhaftung für das Verschulden eines „Erfüllungsgehifen" kann deshalb nicht in Betracht kommen. Er haftet auch, wenn er sich zur Herbeiführung eines Dritten bedient, aber wirklich „bedient" wider Treu und Glauben, mithin aus eigenem Verschulden.

Wie aber die zugrunde gelegte Auffassung dazu führt, die Haftung für „Erfüllungsgehilfen" zu verneinen, so

führt sie auf der anderen Seite dazu, die Haftung für den gesetzlichen Vertreter zu bejahen.

Zur Einführung in den folgenden Gedankengang darf vielleicht noch einmal auf den Unterschied der der Haftung für den gesetzlichen Vertreter auf der einen Seite und für den Erfüllungsgehilfen auf der anderen Seite zugrunde liegenden rechtlichen Ideen verwiesen werden. Der Gläubigerschutz des § 278 geht hinsichtlich des Erfüllungsgehilfen auf einen Ausgleich dafür, daß der Schuldner seinen Erfüllungswillen in einem anderen zur Geltung bringt, dabei selbst aber Träger des Erfüllungswillens bleibt. Hinsichtlich des gesetzlichen Vertreters soll der Ausgleich aber dafür geschaffen werden, daß der Schuldner einen rechtlich relevanten Erfüllungswillen nicht hat, sondern Träger des Erfüllungswillens der gesetzliche Vertreter ist.

Daraus scheint mir zunächst zu folgen, daß über das Maß der im § 278 normierten Haftung eine Haftung des Vertretenen für seinen gesetzlichen Vertreter zu konstatieren ist. Der § 278 regelt die Vertretung nur für den Vertretenen als Schuldner. Im Rahmen des § 278 ist der gesetzliche Vertreter nur Vertreter im Erfüllungswillen des Schuldners. Darüber hinaus ist er aber nach Maßgabe des ihm zugewiesenen Kreises Instrument des Ersatzes oder der Ergänzung des ganz oder teilweise für die Rechtsordnung ausgeschalteten Willens des von ihm Vertretenen. Wenn nun auch der Vertretene ideelles Subjekt seines Willens bleibt, so ist doch der Wille des

stehe, abenteuerlich erscheinen müsse. Ich glaube, daß eine Anwendung des § 254 BGB. zum mindesten überflüssig ist angesichts der Vorschrift des § 61. Der Paragraph beschränkt doch gerade die Mitwirkung des Versicherungsnehmers für den Eintritt des Schadensfalles auf seine vorsätzliche oder grobfahrlässige Herbeiführung. Würde nun der § 254 eine extensive Prüfung dahin gestatten, daß gefragt werden könne, inwieweit haben den entstandenen Schaden (nicht der Versicherer, denn so ist natürlich Gierke zu verstehen) äußere Umstände, die der Versicherungsnehmer nicht zu vertreten hat, wieweit sein schuldhaftes Handeln verursacht, so würde ich eine derartige Fragestellung angesichts des § 61 VVG. für nicht gestattet halten. Nach ihm soll der Versicherungsnehmer seinen Anspruch aus der Versicherung nur verlieren, wenn er den Versicherungsfall vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat. Hat nun bei der Entstehung des Versicherungsfalles neben äußeren Umständen ein Handeln oder Unterlassen des Versicherungsnehmers mitgewirkt, so kann doch nur eine Prüfung dahin erfolgen, ob dieses Handeln oder Unterlassen als vorsätzliche oder grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles anzusehen ist. Eine Prüfung der Schadensverursachung aus § 254 BGB. würde diesen klaren Willen des Gesetzes nach meinem Dafürhalten ausschalten.

Gegen Gierke dürfte aber noch ein Bedenken anderer Art sprechen. Würde selbst nämlich die Anwendbarkeit des § 254 im Versicherungsrecht bejaht werden

müssen, so würden der Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf den Tatbestand der Herbeiführung des Versicherungsfalles durch Dritte immer noch Schwierigkeiten entgegenstehen. Mir will der Standpunkt der herrschenden Lehre doch ein wenig bedenklich scheinen, daß der § 278 im Rahmen des § 254 seine eigentliche Rechtsnatur so völlig verlieren solle. Ich möchte mich lieber dem freilich viel angegriffenen Standpunkt Endemanns[1]) anschließen, daß der § 278 sich nur auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten beziehe. Auch im Rahmen des § 254. Wenn dieser eine entsprechende Anwendung anordnet, so heißt das nach meiner Ansicht, er solle in dem das ganze Schadensrecht umfassenden § 254 eine seiner Rechtsnatur entsprechende Anwendung finden, also nur da, wo das Verschulden des Dritten, das der Ersatzberechtigte sich zurechnen lassen soll, sich auf die Verletzung eines rechtsgeschäftlich begründeten Rechtes des Ersatzpflichtigen bezieht. Da aber auch nach der Auffassung Gierkes der Versicherer kein obligatorisches Recht dahin hat, daß der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall nicht herbeiführt, würde sich die Anwendung des § 278 auch aus diesem Grunde verbieten.

Ich glaube, daß bei den mannigfachen Bedenken gegen das bisher zu dieser Frage Vorgetragene sich der Versuch rechtfertigt, einen anderen Weg zu finden. Seinen Ausgangspunkt bietet die Charakterisierung, die für die

---

[1]) Endemann, Lehrb. S. 761.

Rechtsnatur des § 61 VVG. an anderer Stelle gefunden worden ist. Der § 61 ist, wie nachzuweisen versucht wurde, nur eine Spezialisierung des § 162 Abs. 2 BGB. Die hier zu lösende Frage erweitert sich mithin zu der anderen: Unter welchen Voraussetzungen muß die Herbeiführung einer Bedingung durch andere als den bedingt Berechtigten die gleichen Konsequenzen: den fingierten Nichteintritt der Bedingung, haben, wie eine Herbeiführung durch ihn.

Zunächst würde die Anwendbarkeit des § 278 auf Herbeiführung einer Bedingung durch einen Dritten, als Erfüllungsgehilfen des bedingt Berechtigten, zu verneinen sein. Denn es gibt für ihn keine „Verbindlichkeit" zur Nichtherbeiführung der Bedingung. Man könnte sich freilich damit helfen, daß man, wenn von der Bedingung eine vertragliche verschuldete Leistung abhängig gemacht ist, die Herbeiführung der Bedingung eine positive Vertragsverletzung nennte, da der Zweck des Vertrages dahin gehe, das Fälligwerden der verschuldeten Leistung dem Parteieinflusse zu entziehen, daß also die wider Treu und Glauben erfolgende Einwirkung des bedingt Berechtigten auf den Gang der Bedingung eine Gefährdung, eigentlicher eine Verletzung des Vertragszweckes bedeute. Das ist aber reichlich konstruktionell und würde immer noch die weitere Frage und ihre Beantwortung nötig machen, ob man hinsichtlich der Erfüllung der Pflicht, den Vertragszweck nicht zu gefährden, sich eines Gehilfen bedienen kann. Auf diesem Wege gelangt man also nur zu neuen Schwierigkeiten.

Geht man aber davon aus, daß der § 61 nur die für das Versicherungsrecht geltende Form des § 162 BGB. ist, so darf man Sinn und Idee dieser Vorschrift wohl auch dem Versicherungsrechte zugrunde legen. Die Rechtsidee des § 162 ist aber: Es soll ein wider Treu und Glauben verstoßendes Eingreifen in den Gang der Bedingung seitens des bedingt Berechtigten verhütet werden. Wann hat aber ein Eingreifen in den Gang der Bedingung als wider Treu und Glauben zu gelten? Doch nur, wenn es in der Absicht geschieht, sich den Rechtsvorteil, der an den Eintritt der Bedingung geknüpft ist, zu verschaffen, oder wenn ein Eingriff vorgenommen wird, der den Eintritt der Bedingung so wahrscheinlich werden läßt, daß die Nichtbeachtung dieser Wahrscheinlichkeit und die Vornahme des Eingriffes trotz ihrer als grobe Fahrlässigkeit anzusehen ist. Daraus scheint mir zu folgen, daß eine Herbeiführung einer Bedingung wider Treu und Glauben nur durch den bedingt Berechtigten in eigener Person möglich ist. Denn sie setzt eine Interessiertheit am Eintritt der Bedingung voraus.

Der gleiche Gedanke liegt nun auch der versicherungsrechtlichen Vorschrift des § 61 VVG. zugrunde. Für das Versicherungsrecht hat ihm Brodmann in folgenden Worten Ausdruck gegeben, die ich um ihrer Instruktivität und der Schärfe willen, mit der sie den wesentlichen Punkt treffen, hierher setzten möchte. Brodmann sagt [1]: „... Denn vernünftigerweise hat jenes Kompelle,

[1]) Brodmann a. a. O. S. 275.

gesetzlichen Vertreters die einzige für die Privatrechtsordnung relevante Verlautbarung.

Da mithin für alle Handlungen des gesetzlichen Vertreters, sei es, daß sie Rechtshandlungen sind, sei es Handlungen mit Rechtserfolg, die er vornimmt in Betätigung seines Vertreterwillens, als eigentliches Agens der Wille des Vertretenen, als ideellen Subjektes des Vertreterwillens, anzusehen ist, so trifft der rechtliche Erfolg dieser Handlungen auch die Rechtssphäre des Vertretenen. Dieser Grundsatz ist auch im Bürgerlichen Gesetzbuch, wenn auch in anderem Zusammenhange, zum Ausdruck gekommen. In der Normierung der Haftung des Vereins für seinen Vorstand (§ 31 BGB.). Auch hier ist der springende Punkt die Willensunfähigkeit des Vertretenen. Soweit der Vorstand in Ausübung der ihm zustehenden Verrichtungen handelt, was nichts anderes heißt als in Betätigung des Vertreterwillens, gehen die Handlungen zu Lasten des Vereins.

Diese innerliche Identität der zugrunde liegenden Verhältnisse scheint mir dazu zu berechtigen, Grundsätze der Vorschrift des § 31 BGB. auch auf die Vertreterhandlungen des gesetzlichen Vertreters im allgemeinen anzuwenden.

Im Versicherungsrecht würde das die Bedeutung haben, daß der Wille auf Schädigung, der sowohl in der unmittelbaren Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den gesetzlichen Vertreter liegt, wie auch in der Vornahme einer Handlung durch ihn, die ihn die Möglichkeit einer

Schädigung so bewußt werden lassen muß, daß die Außerachtlassung dieser Möglichkeit als grobe Fahrlässigkeit anzusehen ist, — daß dieser Wille als Wille des vertretenen Versicherungsnehmers anzusehen ist, die aus diesem Willen fließende Herbeiführung des Versicherungsfalles als Herbeiführung durch ihn zu gelten hat.

Voraussetzung ist dabei freilich, daß die Erfüllung des Versicherungsvertrages als solche in den dem gesetzlichen Vertreter zugewiesenen Pflichtenkreis fällt. Denn außerhalb dieses Kreises kann er keinen Vertreterwillen, sondern nur einen eigenen Willen betätigen.

Zusammenfassung.

Der Versicherungsnehmer haftet mangels besonderer Abrede:

1. für seinen gesetzlichen Verteter, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um „Verbindlichkeiten“ handelt, für jede den Versicherungsvertrag verletzende Handlung, wenn die Erfüllung des Versicherungsvertrages in seiner Gesamtheit in den ihm gesetzlich zugewiesenen Pflichtenkreis fällt;

2. für das Verschulden anderer Personen nur insoweit, als das Verschulden sich bezieht auf die Nicht- oder die nicht gehörige Erfüllung einer Rechtspflicht oder das Unmöglichmachen ihrer Erfüllung, und zwar nur dann, wenn

a) bei Verflichtungen zu einem positiven Tun der Dritte mit der Erfüllung besonders beauftragt war oder die Erfüllung ihm aus dem Pflichtenkreise seiner Anstellung erwächst,

b) bei Verpflichtungen zu einem Unterlassen der Dritte zu dem Versicherungsnehmer in einem Anstellungsverhältnisse steht, das die Erfüllung dieser Pflichten kraft besonderer Anordnung oder der Natur der Dinge nach umfaßt.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.